DIE ERBENGEMEINSCHAFT ALS RECHTSFORM ZUM BETRIEBE EINES VOLLKAUFMÄNNISCHEN HANDELSGESCHÄFTS

Uli Armbruster

1964

7982

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547602_0044

DIE ERBENGEMEINSCHAFT ALS RECHTSFORM ZUM BETRIEBE EINES VOLLKAUFMÄNNISCHEN HANDELSGESCHÄFTS

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Uli Armbruster

aus Tübingen

1965

Dissertations-Druckerei Charlotte Schön, München 23, Belgradstr. 11, Tel. 361402

Dekan:	Professor Dr. Ferdinand ELSENER
1. Berichterstatter:	Professor Dr. Joachim GERNHUBER
2. Berichterstatter:	Professor Dr. Fritz BAUR

Tag der mündlichen Prüfung: 21.12.1964

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

M E I N E R F R A U

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	VIII
Literaturverzeichnis	XI
§ 1: Einleitung	1
TEIL I: Die herrschende Lehre und ihre Kritik	2
§ 2: Die herrschende Lehre	2
I. Die Begründung der herrschenden Lehre	3
1) Die Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts eines Einzelkaufmanns durch die Erbengemeinschaft als Verwaltung des Nachlasses	3
2) Die rechtliche Möglichkeit der Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts eines Einzelkaufmanns durch die Erbengemeinschaft in Verwaltung des ungeteilten Nachlasses	4
3) Die rechtliche Möglichkeit, ein Handelsgeschäft in einer nicht im Gesetz vorgesehenen Rechtsform zu betreiben	6
4) Die rechtliche Zulässigkeit der Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft als Folge der Notwendigkeit des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages für die Begründung einer Handelsgesellschaft	8
5) Die Fortsetzung der Einzelkaufmannsfirma in der Erbengemeinschaft	9
II. Die Ergebnisse der herrschenden Lehre	10
§ 3: Die Kritik der herrschenden Lehre	12
I. Kritik der These, die Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft als Verwaltung des Nachlasses anzusehen	12
1) Die gegensätzliche Tendenz von Nachlaßverwaltung und Handelsgewerbebetrieb	12
2) Die Möglichkeit, ein Handelsgeschäft in Verwaltung des Nachlasses zu betreiben, begründet nicht die Zulässigkeit einer solchen Fortführung überhaupt	13

Seite

II. Kritik der These von der rechtlichen Möglichkeit der Fortführung eines Handelsgeschäfts eines Einzelkaufmanns durch eine Erbengemeinschaft in Verwaltung des Nachlasses 14

1) Haftung 15
2) Vertretung 22
3) Geschäftsführung 32
4) Sonstige Schwierigkeiten 34
5) Zusammenfassung 39

III. Die Kritik der These von der rechtlichen Möglichkeit, ein Handelsgeschäft in einer nicht im Gesetz vorgesehenen Rechtsform zu betreiben 40

1) Auf Grund der Typenfreiheit im Gesellschaftsrecht 40
2) Auf Grund der §§ 22 und 27 HGB als angebliche Zulassungsnormen 44

IV. Kritik der These von der rechtlichen Zulässigkeit der Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft als Folge der Notwendigkeit des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages für die Begründung einer Handelsgesellschaft 47

V. Kritik der These von der Fortsetzung der Einzelkaufmannsfirma in der Erbengemeinschaft 48

1) Die der These zu Grunde liegende Vorstellung 48
2) Erbengemeinschaft und Firmenfähigkeit 49

VI. Sonstige kritische Gesichtspunkte gegen die herrschende Lehre 51

1) Bedenken aus dem Wesen der Erbengemeinschaft 51
2) Bedenken aus den Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Erbengemeinschaft und OHG als Rechtsträger des ererbten Handelsgeschäfts 51

VII. Zusammenfassung 52

Seite

TEIL II: Die Erbengemeinschaft als zeitlich begrenzte Inhaberin eines ererbten Handelsgeschäfts 54

§ 4: Darstellung und Kritik der von der herrschenden Lehre abweichenden Auffassungen 54

I. Die Auffassung von Binder und ihre Kritik 54
II. Die Auffassung von Geineder und ihre Kritik 55
III. Die Auffassung von Lion und Legers und ihre Kritik 56
IV. Die Auffassung von Cohn und Kretzschmar und ihre Kritik 58
V. Zusammenfassung 59

§ 5: Das unabweisbare Verkehrsbedürfnis einer zeitlich begrenzten Zulassung der Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines ererbten Handelsgeschäfts 60

§ 6: Die Erbengemeinschaft als zeitlich begrenzte Inhaberin eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts - Eine Schöpfung richterlicher Rechtsfortbildung 62

I. Die richterliche Rechtsfortbildung 63

1) Rechtsschöpfung praeter legem 64
2) Die Rechtsschöpfung contra legem 68
3) Die Bedeutung der durch die richterliche Rechtsfortbildung geschaffenen Regelung 73

II. Die zeitlich begrenzte Zulassung der Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts 74

1) Die Nichtzulassung der Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgeschäfts - Ein Gesetzesfehler 74
2) Die Notwendigkeit der Berichtigung des Gesetzesfehlers durch richterliche Rechtsfortbildung (contra legem) 75
3) Die Notwendigkeit und Möglichkeit einer zeitlichen Begrenzung 81
4) Der § 27, Abs. 2 HGB als Anknüpfungsnorm für die zeitliche Begrenzung 84

III. Zusammenfassung 86

Seite

§ 7: Die rechtliche Gestaltung der Erbengemeinschaft als zeitlich begrenzte Handelsgeschäftsinhaberin 87

I. Die Erbengemeinschaft als zeitlich begrenzte Handelsgeschäftsinhaberin und die Kritik der Thesen der herrschenden Lehre 87

1) Die Kritik der These von der Möglichkeit der Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft als Nachlaßverwaltung 87
2) Die Kritik der These von der rechtlichen Möglichkeit der Fortführung des Handelsgeschäfts eines Einzelkaufmanns durch die Erbengemeinschaft in Nachlaßverwaltung 88
3) Die Kritik der These von der rechtlichen Möglichkeit, ein Handelsgeschäft in einer nicht im Gesetz vorgesehenen Rechtsform zu betreiben 89
4) Die Kritik der These von der Firmenfähigkeit der Erbengemeinschaft 89
5) Versuch einer dogmatischen Einordnung 90

II. Die rechtliche Ausgestaltung im einzelnen 91

1) Die Haftung 91
2) Die Vertretung 93
3) Die Geschäftsführung 94

III. Zusammenfassung 94

Teil III: Die Beschlußfassung der Miterben über die endgültige Fortführung des Handelsgewerbebetriebes unter alter oder neuer Firma als Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine OHG 96

§ 8: Vergleich der Strukturelemente einer OHG und einer Erbengemeinschaft, die ein vollkaufmännisches Handelsgeschäft betreibt 97

I. Die gemeinsamen Strukturelemente 97

1) Der gemeinsame Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes 97
2) Aufgabe der Gesellschafter wie Miterben ist die Förderung des Handelsgewerbebetriebes 98

Seite

3) OHG und Erbengemeinschaft führen eine gemeinschaftliche Firma 98
4) OHG-Gesellschafter wie Miterben trifft eine persönliche und unbeschränkte gesamtschuldnerische Haftung 99

II. Die unterschiedlichen Strukturelemente 99

§ 9: Die ausdrückliche oder stillschweigende Beschlußfassung über die Fortführung des ererbten Handelsgeschäfts als OHG-Gründungsakt 102

I. Die Beschlußfassung 102

1) Die Arten und der Inhalt der Beschlußfassung 102
2) Die rechtliche Bedeutung der Beschlußfassung 103

II. Der Umwandlungsakt 109
1) Die Beschlußfassung als regelmäßige Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine OHG 109
2) Zusammenfassung 114

III. Die Beschlußfassung als Umwandlungsakt trotz ausdrücklicher oder konkludenter Erklärung der Erben, eine OHG nicht gründen zu wollen 114

1) Die sogenannte "Auffangwirkung" der Rechtsform der OHG 115

IV. Einzelprobleme 116

1) Die Zugehörigkeit eines Grundstücks zu dem Handelsgeschäft 116
2) Die Beteiligung Minderjähriger an der Erbengemeinschaft 117
3) Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung 119
4) Die Anordnung des Ausschlusses der Auseinandersetzung 120
5) Die besondere Teilungsanordnung 120

V. Zusammenfassung 121

§ 10: Zusammenfassung 122

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. a. O.	am angegebenen Ort
abgek.	abgekürzt
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861
AkDR	Akademie für Deutsches Recht
AktG	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30.1.1937
allg., allgem.	allgemein
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bank Archiv	Zeitschrift für Bank- u. Börsenwesen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGE	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
B.	Band
BB	Der Betriebsberater
Betrieb	Der Betrieb
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BStBl.	Bundessteuerblatt
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Co.	Compagnie
DFG	Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht (Ausgabe A)
Dres.	Doktores

EG HGB	Einführungsgesetz zum HGB
Einl.	Einleitung
Erbr.	Erbrecht
f, ff	folgend(e)
FN	Fußnote
Festschr.	Festschrift
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH-Rundschau	Rundschau für GmbH
GrdstVG	Grundstücksverkehrsgesetz
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897
h. L.	herrschende Lehre
Holdheim Z	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
HRV	Handelsregisterverfügung
i. e.	id est
insbes.	insbesondere
i. V. m.	in Verbindung mit
JFG	Jahrbuch der Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KG	Kommanditgesellschaft
KGJ	Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen
KO	Konkursordnung
Komm.	Kommentar
LM	Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs, Leitsätze und Entscheidungen - herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (bis 7. 1913: für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLG Rspr.	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts

Puchelt's Z	Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Civilrecht
Recht	Das Recht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJA	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts - zusammengestellt im Reichsjustizamt, ab 1916 im Reichsjustizministerium
RNr.	Randnummer
ROHG	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
S.	Satz
S.	Seite
Sächs. OLG	Annalen des Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden
Schuldr.	Schuldrecht
Seuff. Arch.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
Stud. Gen.	Studium Generale
u.	und
Urt.	Urteil
v.	von, vom
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VglO	Vergleichsordnung vom 26. 2. 1935
Vorbem.	Vorbemerkung
Warn.	Jahrbuch der Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen (ab 17. 1918 auf dem Gebiet des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts)
WM	Wertpapier-Mitteilungen
z.	zu, zum
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z. B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizer Zivilgesetzbuch vom 10. 12. 1907
ZGesGen	Zeitschrift für das Gesamte Genossenschaftswesen
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht

LITERATURVERZEICHNIS

Adler	Beiträge zum Firmenrecht in ZHR 85, 93 ff
Arndt	Das Bild des Richters, 1957
Bachof	Grundgesetz und Richtermacht, Tübingen, 1959
Bachof	Auslegung gegen den Wortlaut und Verordnungsgebung contra legem? in JZ 1963, 697 ff
Bachof	Verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren - Bundesrecht als Maßstab, DÖV 1964, 11
Ballerstedt	Unternehmen und Wirtschaftsverfassung in JZ 1951, 486 ff
Bartholomeyczik	Die Miterbengemeinschaft. Die Teilung des Nachlasses, in 4. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, S. 135 ff (abgek. 4. Denkschr. AkDR, S. 135 ff)
Bartholomeyczik	Die Kunst der Gesetzesauslegung, 1951 (abgek. Gesetzesauslegung)
Bartholomeyczik	Die Haftung des Erben für die neuen Geschäftsverbindlichkeiten in DGWR 1938, 321 ff
Baumbach-Duden	Kommentar zum HGB, 14. Aufl. 1961 (abgek. Baumb.-Duden)
Baur	Lehrbuch des Sachenrechts, 1. Aufl. 1959
Baur	Neues Landwirtschaftsrecht, Ein Überblick in JZ 1962, 695 ff
Bender	Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung des gesetzten Rechts in JZ 1957, 593 ff
Bertzel	Notgeschäftsführer als Repräsentant des Geschäftsherren in AcP 158, 107
Betti	Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts in Festschrift für Wenger, 1. B., S. 249 ff (abgek. Festschr. f. Wenger)

Binder	Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden und drei Teilen, I. Teil 1901, II. Teil 1903, III. Teil 1904 (abgek. Binder I oder III)
Bley	Kommentar zur Vergleichsordnung, 2. Aufl., 1955 (abgek. Bley, Komm. z. VglO)
Boehmer	Erbfolge und Erbenhaftung, 1927
Boehmer	Eintritt des Erben in die Rechtslagen des Erblassers - in JW 38, 2634 ff
Boehmer	Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, zweites Buch, erste Abteilung, 1931 (abgek. Grundlagen II 1)
Böhle-Stamschräder	Kommentar zur Konkursordnung, 6. Aufl., 1961 (abgek. Böhle-Stamschräder)
Boesebeck	Anmerkung zum Urteil des RG vom 2. 8. 1943 in DR 1943, 1224 ff
Bolte	Buchbesprechung in ZHR 55, 331
Bolte	Der Paragraph 27 des neuen Handelsgesetzbuches in ZHR 51, 413 ff
Bondi	Eintragung von Erben eines Einzelkaufmanns ins Handelsregister - in DJZ 1923, 563
Borcherdt	Die Haftung der Erben für Nachlaßverbindlichkeiten - in AcP 94, 197 ff
Bunge	Erbengemeinschaft und Handelsgeschäft - in ZAkDR 1940, 193 ff
Cohn	Der Registerrichter - in JW 1926, 481 ff
Cohn	Streitfragen im Registerrecht - in LZ 27, 499 ff
Darmstädter	Der Begriff Recht in Art. 20, Abs. 3 des Grundgesetzes - in NJW 1957, 769 ff
Dempewolf	Zum Verhältnis von Testamentsvollstrecker und Prokura nach dem Tode des Erblassers - in Betrieb 1955, 889 ff
Dernburg	Pandekten, Band I, 3. Aufl., 1883-87 (abgek. Dernburg
Dilcher	Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen - in NJW 1960, 1040 ff

Donner	Der Testamentsvollstrecker des eingetragenen Einzelkaufmanns, der offenen Handelsgesellschaften, der Kommanditisten in DNotZ 1944, 143 ff
Düringer-Hachenburg	Kommentar zum HGB, 3. Aufl., 1930 (abgek. z. B. Dür.-Hachenburg-Flechtheim)
Eccius	Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften des Erben in Verwaltung des Nachlasses in Gruchot, 51, 564 ff
Ehrard	Die vorläufige und die endgültige Fortführung eines erworbenen Handelsgeschäfts (§ 27 HGB) in LZ 1913, 664 ff
Ehrenberg	Der Kaufmann - in Handbuch des gesamten Handelsrechts, 2. Band, 1918 (abgek. Ehrenberg)
Endemann	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III. Band, Erbrecht, 2. Hälfte, 8./9. Aufl., 1920 (abgek. Endemann, Erbr.)
Engisch	Der Begriff der Rechtslücke, eine analytische Studie zu Wilhelm Sauers Methodenlehre in Festschrift für Wilhelm Sauer zum 70. Geburtstag, 1949, S. 85 ff (abgek. in Festschrift f. Sauer)
Erman	Kommentar zum BGB, 2. Aufl., 1958 und 3. Aufl. 1962 (abgek. z. B. Erman-Bartholomeyczik)
Esser	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956 (abgek. Grundsatz und Norm)
Esser	Lehrbuch des Schuldrechts, 1949 (abgek. Schuldr.)
Esser	Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht
Fischer	Das Recht zur Fortführung alter Firmen durch den bisherigen Inhaber in ZHR 111, 19 ff
Fischer	Anmerkung zu LM § 27 HGB Nr. 2
Fischer	Anmerkung zu LM § 105 HGB Nr. 12
Fischer	Identitätswahrende Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine Personalgesellschaft, Teil B in DNotZ 1955, 132 ff
Forsthoff	Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20, Abs. III GG) in DÖV 1959, 41 ff

Forsthoff	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1961
Frohwein	Erbengemeinschaft und offene Handelsgesellschaft in DFG 1940, 103 ff
Ganßmüller	Identitätswahrende Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine Personalgesellschaft, Teil A in DNotZ 1955, 182 ff
Geineder	Die Rechtsstellung des Veräußerers und Erwerbers eines Erbteils zur Erbengemeinschaft, Münchener Diss. 1949 (abgek. Geineder)
Gernhuber	Drittwirkung im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe, zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dri te - in Festschrift für Arthur Nikisch, 1958, S. 249 ff (abgek. Festschr. f. Nikisch, S. 249 ff)
Gernhuber	Formnichtigkeit und Treu und Glauben - in Festschrift für Walter Schmidt-Rimpler, 1957, S. 151 ff (abgek. Festschr. für Schmidt-Rimpler, S. 181 ff)
Gierke	Das Handelsunternehmen - in ZHR 111, 1 ff
Goldschmidt II	Die Beerbung des Einzelkaufmanns durch mehrere Erbe in JW 1931, 3057 ff
Groschuff	Zur Frage der Registerfähigkeit der Testamentsvoll-strecker, Treuhänder und Zwangsliquidatoren in JW 193 1361 ff
Groschuff	Grenzen des Firmenrechts - in JW 1935, 3257 ff
Gruß	Die Fortführung eines Handelsgeschäfts durch eine Erbe gemeinschaft, Betrieb 1955, 573 ff
Hahn-Mudgan	Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Sechster Band, Materialien zum HGB, 1897 (abgek. Denkschrift-Hahn-Mudgan) und IV. Band Konkursordnun (abgek. Hahn-Materialien, Band IV)
Haupt-Reinhardt	Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1952
Heck	Grundriß des Schuldrechts, 1929 (abgek. Schuldr.)
Hedemann	Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. 1949 (abgek. Schuldr.)

Heintzenberg	Die Einzelunternehmung im Erbgang, 1957 (abgek. Heintzenberg)
Hildebrandt	Das Handelsgeschäft als Nachlaßgegenstand - in DFG 1937, 153 ff
Hochgräbe	Vergleich einer Erbengemeinschaft, die ein Handelsgewerbe betreibt, mit einer offenen Handelsgesellschaft, Jenaer Diss. 1934 (abgek. Hochgräbe)
Hueck	Das Recht der Offenen Handelsgesellschaft, 2. Aufl., 1951 (abgek. OHG)
Hueck	Schuldenhaftung bei Vererbung eines Handelsgeschäfts - in ZHR 108, 9 ff
Isay	Rechtsnorm und Entscheidung, 1929 (abgek. Rechtsnorm...)
Jaeger	Kommentar zur Konkursordnung, II. Band, 6./7. Aufl., 1936 (abgek. Jaeger)
Jesch	Auslegung gegen den Wortlaut und Verordnungsgebung contra legem? - in JZ 1936, 241 ff
Jung	Rechtsregel und Rechtswissen. Eine Untersuchung über die Grundlagen der Rechtsgeltung - in AcP 118, 1 ff
Keidel-Schmatz	Handbuch der Amtsgerichtlichen Praxis, Band 7, Register-Recht, bearbeitet von Th. Keidel und H. Schmatz, 1955 (abgek. Keidel-Schmatz)
Keil	Die Haftung des Erben eines Handelsgeschäfts nach § 27 HGB, Kölner Diss. 1928 (abgek. Keil)
Kelsen	Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien, 1960
Kipp-Coing	Lehrbuch des Erbrechts, begründet von Theodor Kipp, 11. Bearbeitung von Helmut Coing, 1960 (abgek. Erbr.)
Koch	Nachlaß und Nachlaßverbindlichkeiten, Rostocker Diss., 1903
Koenige	Kommentar zum HGB, 3. Aufl., 1932 (abgek. Koenige, HGB-Komm.)
Kreß	Die Erbengemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 1903 (abgek. Kreß)

Kreß	Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929 (abgek. Schuldr.)
Kretzschmar	Die Gestaltung der Haftung des Erben, wenn der Erblasser Einzelkaufmann war oder einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft als Teilhaber angehörte - in ZBlFG 17, 1 ff
Lange	Lehrbuch des Erbrechts, 1962 (abgek. Erbrecht)
Lange	Kommentar zum Grundstücksverkehrsgesetz, 1962 (abgek. Lange)
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1960 (abgek. Schuldrecht)
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960 (abgek. Methodenlehre)
Larenz	Wegweiser zur richterlichen Rechtsschöpfung. Eine rech methodologische Untersuchung in Festschrift für Nikisch 1958 (abgek. Wegweiser ...)
Lechner	Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1954 (abgek. Lechner, Komm. z. BVerfGG)
Lehmann	Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, 1959
Lenz	Handelsrechtliche Einzelfragen in der notarischen Praxi in DNotZ 1939, 320
Less	Vom Wesen und Wert des Richterrechts, 1954 (abgek. Richterrecht)
Lion	Der Übergang des einzelkaufmännischen Geschäfts auf eine Mehrheit von Erben - in LZ 1925, 842 ff
Locher	Handels-, Wechsel-, Seerecht - in Stammler Enzyklopädie 1930 (abgek. Locher)
Lohauß	Die Erbengemeinschaft im Handels- und Gesellschaftsrecht, Heidelberger Diss. 1951 (abgek. Lohauß)
Maenner	Die Haftung aus Rechtsgeschäften des Erben - in LZ 1922, 282 ff
Makower	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. Aufl., 1901 (abgek. Makower)

v. Mangoldt-Klein	Kommentar zum GG, B. I, 2. Aufl. 1957 (abgek. v. Mangoldt-Klein)
Marcus	Die Stellung des Registergerichts gegenüber den Erben bei Firmenerlöschen, im Falle des Todes des Inhabers in Holdheim 14, 182
Marcus	Können einzelne Miterben einer handelsgerichtlich eingetragenen Erbengemeinschaft für deren Dauer zu Prokuristen ernannt werden? - in Holdheim 18, 161
Mattern	Anmerkung zu LM § 1967 BGB Nr. 1
Maunz-Dürig	Kommentar zum Grundgesetz, 1958 (abgek. Maunz-Dürig)
Meier-Hayoz	Der Richter als Gesetzgeber, 1951 (abgek. Der Richter...)
Menger	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht - in VerwArch. 51, 149 ff
Molitor	Schuldrecht, Band I, Allg. Teil, 5. Aufl. 1957 (abgek. Schuldr.)
Motive	Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Band IV, Familienrecht; Band V, Erbrecht (abgek. z.B. Motive zum BGB, Band IV)
Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch in zwei Bänden von L. Enneccerus, 15. Aufl. v. H. C. Nipperdey, 1959 (abgek. Nipperdey, Allg. Teil I oder II)
Palandt	Kommentar zum BGB, 21. Aufl., 1962 (abgek. z.B. Palandt-Keidel)
Paulick	Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, zugleich ein Beitrag zur Typenlehre im Gesellschaftsrecht (abgek. Eingetr. Gen.)
Paulick	Die Rechtsstellung der nicht eingetragenen Genossenschaft in ZGesGenW 4, 149 ff
Piesko	Das kaufmännische Unternehmen in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, Band II, 1918 (abgek. Das Unternehmen...)

Planck	Kommentar zum BGB, Band V, Erbrecht, 4. Aufl., 1930, (abgek. z.B. Planck-Flad)
Presser	Kompetenzfragen unter Miterben - in JW 1933, 145 ff
Protokolle	zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs in VII Bände (abgek. Prot.)
Radbruch	Einführung in die Rechtswissenschaft, herausgegeben von Zweigert, 1952 (abgek. Einführung)
Raiser	Vertragsfreiheit heute - in JZ 1958, 1 ff
Rasner	Die atypische stille Gesellschaft, ein Institut des Gesel schaftsrechts, 1961 (abgek. Rasner)
Reinicke, Dres.	Zum Vertrauensschutz auf eine ständige Rechtsprechung in MDR 1956, 324 ff
RGRK zum BGB	Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerich räten und Bundesrichtern, 11. Aufl., 1959 (abgek. z.B. Kregel in RGR-Komm. z. BGB)
RGRK zum HGB	Kommentar zum HGB, früher herausgegeben von Mit- gliedern des Reichsgerichts, 2. Aufl. 1953 (abgek. z.B. Würdinger in RGR-Komm. z. HGB)
Ritter	Kommentar zum HGB, 2. Aufl., 1932
Rümelin	Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiete des Privatrechts in AcP 122, 265 ff
Sauer	Juristische Methodenlehre, 1940 (abgek. Methodenlehr
Scheye	Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften des Erben in Verwaltung des Nachlasses in Gruchot 52, 808
Schlegelberger	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, 1955 und Band I in 4. Aufl. 1960 (abgek. z.B. Schlegelberg Hildebrandt)
Schmidt	Gesetz und Richter. Wert und Unwert des Positivismus, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 1, 1952 (abgek. Schmidt-Vortr.)
Schultess	Die Schuldenhaftung des Erben nach § 27 des Handels- gesetzbuchs, Leipziger Diss. 1903 (abgek. Schultess)

Schultze-Lasaulx	Zur Stellung des nichtrechtsfähigen Vereins im Handelsrecht - in Alfred-Schultze-Festschr. zum 70. Geburtstag, Weimar 1934 (abgek. Schultze-Festschr.)
Schultze-Lasaulx	Die unechte Vorgesellschaft - in JZ 1952, 390 ff
Siebert	Die Methode der Gesetzesauslegung, 1958 (abgek. Methode)
Siebert	Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 13, 2. Aufl. 1955 (abgek. Siebert-Vortrag)
Simeon-David	Recht und Rechtsgang, Zweiter Band, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht, Bearbeiter Familien- und Erbrecht: Fritz Hafner, 16. Aufl. 1957 (abgek. Hafner)
Soergel-Siebert	Kommentar zum BGB, begründet von Th. Soergel, herausgegeben von W. Siebert, 9. Aufl. 1959-61 (abgek. z.B. Soergel-Siebert = Ehard-Eder)
Staub	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl. 1932, (abgek. z.B. Staub-Bondi)
v. Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl. 1957 (abgek. z.B. Staudinger-Lehmann)
Stegemann	Die Vererbung eines Handelsgeschäfts in Rostocker rechtswissenschaftlichen Studien, I. Band, Leipzig 1904 (abgek. Stegemann)
Stoll	Juristische Methodenlehre, 1934 (abgek. Methodenlehre)
Strathenwert	Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache" - in Recht und Staat, Heft 204, 1957 (abgek. Strathenwert)
Strohal	Das deutsche Erbrecht, in 2 Bänden, 1903/04 (abgek. Strohal)
Titze	Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., 1944 (abgek. Schuldr.)
Vogels	Anmerkung zu KG DJ 1940, 518 ff in DJ 1940, 519
Wachsner	Die Haftung des Erben für die Geschäftsverbindlichkeiten aus der Schwebezeit des § 27, Abs. 2 HGB - in LZ 1910, 382 ff

Wendt	Verfügungen über Erbschaftsanteile - in AcP 89, 420 ff
Westermann	Sachenrecht. Ein Lehrbuch, 4. Aufl. 1960 (abgek. Sachenrecht)
Wieacker	Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung. - Juristische Studienreihe Karlsruhe, Heft 34, 1957 (abgek. Wieacker-Vortrag)
Wieland	Handelsrecht, Erster Band: Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften, 1921 (abgek. Wieland)
Winckelmann	Der Übergang des Handelsgeschäfts eines Einzelkaufmanns auf eine Mehrheit von Erben, Göttinger Diss. 1922 (abgek. Winckelmann)
Wolff	Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft - in Studium Generale 1952, 195 ff
Würdinger	Gesellschaften, Band I, Personalgesellschaften, 1937 (abgek. Ges.R. I)

§ 1: EINLEITUNG

Die letzten Jahre haben die Rechtswissenschaft das "Grenzland" zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht entdecken lassen. Eine stattliche Reihe von Monographien wandte sich den Problemen zu, die entstehen, wenn Normen des Gesellschaftsrechts mit denen des Erbrechts kollidieren. Insbesondere wurde die Frage diskutiert [1], was zu gelten hat, wenn ein OHG-Gesellschafter unter Hinterlassung mehrerer Erben stirbt und der Gesellschaftsvertrag vorsieht, daß die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt werden soll. Dabei hat sich gezeigt, daß die gesetzliche Regelung des § 139 HGB unvollständig ist, d.h., auf den Fall des Alleinerben zugeschnitten ist, das Vorhandensein einer Erbengemeinschaft aber nicht genügend berücksichtigt. So finden wir auch bei den Regeln des Erbrechts im BGB selbst den Alleinerben in den Mittelpunkt gestellt, während die praktisch häufigere und deshalb wichtigere Erbengemeinschaft als Ausnahme geregelt wird [2]. Weniger behandelt wurde dagegen in der Literatur das im Grunde gleich liegende und im Gesetz nicht ausdrücklich normierte Problem der Nachfolge einer Erbenmehrheit in ein vollkaufmännisches Einzelunternehmen [3]. Dies mag damit zusammenhängen, daß die Ergebnisse aufgrund einer jahrzehntelangen, gleichbleibenden Rechtsprechung festzustehen scheinen. Aber auch hier zeigt sich dieselbe Lage: während beim Alleinerben Erb- und Handelsrecht mühelos ineinandergreifen, ist dies bei einer Mehrheit von Erben nicht mehr der Fall. Trotz der erwähnten stetigen Rechtsprechung ergeben sich stets neue Fragen. So sah sich der Bundesgerichtshof erst im Jahre 1959 [4] genötigt, die an sich zwingende Regelung des § 52, Abs. 3 HGB dem Widerstreit zwischen Erb- und Handelsrecht zu opfern.

Aufgabe dieser Arbeit soll es sein, die Rechtsprechung zur Frage der Nachfolge einer Mehrheit von Erben in ein vollkaufmännisches Unternehmen kritisch zu überprüfen, und soweit sich Fehler zeigen, das Problem neu zu durchdenken und zu lösen. Daß es sich dabei keineswegs um eine nur theoretisch interessante Frage handelt, mögen die Erhebungen im Handelsregister Nürnberg und Fürth beweisen: Hiernach werden ungefähr 80 % aller Einzelkaufleute von einer Erbenmehrheit beerbt, wobei in der Hälfte aller Fälle das Handelsgeschäft in der Rechtsform der Erbengemeinschaft fortgeführt wird.

---

1) Vgl. Schlegelberger-Geßler, Anm. 25 zu § 139 HGB und die dort angegebene Literatur, sowie Schrifttumsverzeichnis vor Anm. 1 zu § 139 HGB und BGHZ 22, 186 ff

2) Kipp-Coing, Erbr., § 150, III, 1; S. 382 Staudinger-Lehmann, Vorb. 1 zu § 2032 BGB

3) Als einzige umfassende Darstellung neueren Datums konnte die Monographie Heintzenbergs gefunden werden.

4) BGHZ 30, 392 ff und NJW 1959, 2114 ff; Urt. vom 24.9.1959, II. ZS

TEIL I

DIE HERRSCHENDE LEHRE UND IHRE KRITIK

§ 2
DIE HERRSCHENDE LEHRE

Es ist immer problematisch, von einer sogenannten herrschenden Lehre zu sprechen. Hier aber mag es geschehen, finden sich im Schrifttum doch nur einige wenige Gegenstimmen [5] zu der sonst einhelligen Rechtsprechung.

Diese herrschende Lehre [6] läßt die Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts

---

5) Lion, LZ 25 Sp. 842 ff; Kretzschmar ZBlFG 17, 1 ff; Cohn, LZ 27, Sp. 499 und JW 26, 481 ff; Geineder, S. 71
Bedenken melden an: Bunge, ZAkDR 1940, 193; Frohwein, DFG 40, 103 ff; Fischer, in Anm. zu LM § 27 HGB Nr. 2

6) Schrifttum:
Schlegelberger-Geßler, Anm. 57 zu § 105 HGB; Soergel-Siebert = Ehard-Eder Anm. 1 zu § 2038 BGB u. Anm. 3 zu § 2032 BGB; Kregel in RGR-Komm. z. BGB, Anm. 9 zu § 2032; Erman-Bartholomeyczik, Anm. 4 zu § 2032 BGB; Schlegelberger-Hildebrandt, Anm. 7 zu § 22 HGB u. Anm. 5 zu § 27 HGB; Palandt-Keidel, Anm. 1 zu § 2038 BGB u. Anm. 3 zu § 2032 BGB, Baumb.-Duden, Anm. 1 B zu § 27 HGB und Anm. 2 zu § 105 HGB; Würdinger in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 27 zu § 22; Makower, HGB Komm. § 105, 1, d 2; Staudinger-Lehmann, Anm. 9 zu § 2032 BGB; Staub, Anm. 40 zu § 105 HGB; Lohauß, S. 32; Bolte, ZHR 55, 331; Hueck, ZHR 108, 1 ff; Winckelmann, S. 53; Heintzenberg, S. 34; Hafner, § 211, S. 492; Keil, S. 73; Motive z. BGB, Band IV, S. 769; Goldschmidt II, JW 31, 3037; Hochgräbe, S. 13; Hildebrandt, DFG 37, 153; Marcus Holdheim, Z 18, 161; Stegemann, S. 12 ff; Gruß, Betrieb 1955, 573.
Rechtsprechung:
ROHG 11, 101 ff und 23, 166 ff;
KG in KGJ 15, 6; KGJ 22 A 280 = RJA 2, 179 = OLG Rspr. 3, 102 = ZHR 53, 188; OLG Rspr. 4, 454 = Bank-Archiv 1903, 132 = Seuff. Arch. 56, 103 = ZHR 36, 240; KGJ 35, 152 ff = RJA 9, 159, KGJ 48, A 127 JFG 5, 209 ff, HRR 1932, 749; JW 37, 2599 = HRR 37, 1377; JW 38, 3117; JW 39, 565 ff, JFG 20, 286 ff = DJ 1940, 518 ff; WM 1956, 583 ff
OLG Darmstadt, DJZ 1910, Sp. 656, BayObLG, JFG 7, 160 ff = JW 31, 3129 ff; OLG München, HRR 37, 1593
RG in RGZ, 10, 101; LZ 1912, Sp. 157 ff; LZ 22, Sp. 685 ff; RGZ 127, 153 ff; RGZ 132, 139 ff
BGH in NJW 51, 311; BGHZ 17, 299 ff = MDR 1955, 537; BGHZ 30, 392 ff = NJW 59, 2114 ff u. BGHZ 32, 60 ff = NJW 1960, 959 ff

eines Einzelkaufmanns [7] durch eine Mehrheit von Erben in der Form der Erbengemeinschaft mit eigener Firma für die Dauer dieser Gemeinschaft zu. Dabei ist sich die herrschende Lehre allerdings bewußt, daß sich dies nicht von selbst versteht. Denn weder ist die Erbengemeinschaft eine im Handelsgesetzbuch vorgesehene Rechtsform, in der ein Grundhandelsgewerbe vollkaufmännisch betrieben werden kann, noch ist sie juristische Person oder nach Art einer solchen organisiert [8]. Auch besitzt das Handelsgeschäft selbst keine eigene Rechtspersönlichkeit [9]. Es bedarf demnach einer besonderen Begründung für die Zulassung der Erbengemeinschaft als Rechtsform für den Betrieb eines ererbten Handelsgeschäfts eines Einzelkaufmanns [10].

I. Die Begründung der herrschenden Lehre

1. Die Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts eines Einzelkaufmanns durch die Erbengemeinschaft als Verwaltung des Nachlasses

a) Auch für die herrschende Lehre ist es selbstverständlich, daß die Fortführung des Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft als solche nur möglich ist, sofern diese Fortführung als Verwaltung des Nachlasses aufgefaßt werden kann. Denn die Erbengemeinschaft hat grundsätzlich allein die Aufgabe und das Recht, den Nachlaß zu verwalten und zu liquidieren.

Die herrschende Lehre bejaht diese Gleichstellung von Nachlaßverwaltung und Han-

---

7) Daß ein Handelsgeschäft als solches vererbt werden kann, ist seit der treffenden Untersuchung Gierkes: Das Handelsunternehmen, ZHR 111, 1 ff u. Handels- u. Schiffahrtsrecht, Lehrbuch, 7. Aufl. 1955, § 14 u. § 16 II, unstreitig und ergibt sich wohl direkt aus §§ 22 u. 27 HGB, vgl. Staudinger-Boehmer, Randz. 167 z. § 1922 BGB; KG DR 1940, 2007 u. BGH in LM § 1922 BGB Nr. 1; anders wohl nur Binder I, S. 31 ff, 36 u. III, S. 88, FN 144, vgl. aber seine andere Auffassung in JW 27, 1196; vgl. auch Piesko, Das Unternehmen ..., S. 94

8) Soergel-Siebert = Ehard-Eder, Anm. 2 zu § 2032 BGB
KG in RJA 10, 42; RGZ 123, 366; BGHZ 30, 391 (396) u. KGJ 48 A, 127 ff; JFG 20, 286

9) Dies nahm wohl nur Mommsen (Busch-Archiv, 32, 210) an, mit der heute etwas seltsam anmutenden Begründung, daß "Prinzipal" "erster Diener des Geschäfts" heiße.

10) Die Untersuchung beschränkt sich auf die Fälle der §§ 1 u. 2 HGB; für § 3, Abs. 2 HGB gilt aber der Sache nach dasselbe.

delsgeschäftsfortführung [11]. Sie kennzeichnet die Nachlaßverwaltung als Inbegriff aller tatsächlichen und rechtlichen Maßnahmen, die zur Erhaltung, Mehrung und Nutzung des Nachlasses dienen. Unter Zugrundelegung dieser Definition läßt sie auch die Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts unter den Begriff Verwaltung fallen, zumindest mittelbar, denn nur durch Fortführung kann nach der herrschenden Lehre der wirtschaftliche Wert des Handelsgeschäfts und damit des Nachlasses erhalten bleiben [12].

b) Eine Reihe von Entscheidungen [13] sowie mehrere Autoren [14] begnügen sich mit dieser Feststellung nicht. Sie folgern aus der Möglichkeit, das Handelsgeschäft in Nachlaßverwaltung fortzuführen, die Zulässigkeit des Weiterbetriebs eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft überhaupt. Denn, so argumentieren sie, erkenne man einmal an, daß die Verwaltung des Nachlasses die Fortführung eines Handelsgeschäfts umfassen und die Erbengemeinschaft diese Verwaltung durchführen könne, so ergebe sich hieraus zwangsläufig, daß diese Gemeinschaft auch Rechtsträgerin des Unternehmens sei.

c) Weiter wird daraus der Schluß gezogen, daß die Erbengemeinschaft während ihrer gesamten Dauer ein solches Geschäft fortführen könne [15]. Das wird damit begründet, daß der Erbengemeinschaft das Recht zur Nachlaßverwaltung für die volle Zeit ihres Bestehens zustehe. Umfasse nun die Nachlaßverwaltung die Fortführung eines ererbten Unternehmens, so sei nicht einzusehen, daß diese Fortführung anders als durch den Bestand der Erbengemeinschaft selbst begrenzt werde.

2. Die rechtliche Möglichkeit der Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts eines Einzelkaufmanns durch die Erbengemeinschaft in Verwaltung des ungeteilten Nachlasses

Zu Recht begnügt sich der überwiegende Teil der herrschenden Lehre [16] nicht damit, die Zulässigkeit einer Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch die

---

11) KG OLG Rspr. 4, 455; BGHZ 30, 394; OLG Darmstadt, DJZ 1910, 656; KG JW 39, 565; Staudinger-Lehmann, Anm. 2 zu § 2038 BGB; Soergel-Siebert = Ehard-Eder, Anm. 1 zu § 2038 BGB; Palandt-Keidel, Anm. 1 zu § 2038 BGB; Weipert in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 65 zu § 105; Motive z. BGB, Band IV, S. 769; Lohauß, S. 32; Winckelmann, S. 53; Heintzenberg, S. 34; Keil, S. 73

12) BGHZ 1, 65 und KG in JFG 19, 84

13) OLG Darmstadt, DJZ 1910, Sp. 656; BGHZ 30, 391; KG JW 38, 3117 und OLG Rspr. 4, 454 ff; RGZ 10, 101 ff und ROHG 11, 102

14) Heintzenberg, S. 34; Hafner, § 211, S. 492

15) KG in JW 1939, 565; Lohauß, S. 32

16) Vgl. u. a. Lohauß, S. 32, 33; KG JW 37, 2599; KG JW 39, 565 und die dortigen Literaturangaben; BayObLG 31, 3129 ff

Erbengemeinschaft als solche allein mit der Möglichkeit zu begründen, diese Fortführung als Nachlaßverwaltung anzusehen. Er geht einen Schritt weiter und prüft, ob die rechtliche Ausgestaltung der Erbengemeinschaft derselben erlaubt, ein Handelsgeschäft zu betreiben. Dabei beschränkt sich diese Prüfung allerdings allein auf die Frage, ob die Rechtsform der Erbengemeinschaft dem handelsrechtlichen Grundsatz der unbeschränkten und persönlichen Haftung Genüge leisten kann. Und kaum ist die Frage gestellt, wird sie auch schon bejaht [17]. Für die vom Erblasser herrührenden Verbindlichkeiten wird die unbeschränkte und persönliche Haftung aus § 27 HGB gefolgert. Für die laufenden Verpflichtungen wird entweder mit dem Reichsgericht [18] argumentiert, wie jeder andere hafteten die Erben, die durch Rechtsgeschäft eine Verbindlichkeit begründen, für diese mit ihrem gesamten Vermögen unbeschränkbar. Denn ähnlich wie bei der BGB-Gesellschaft werde jeder einzelne Miterbe unmittelbar selbst Vertragspartner und sei als solcher dem Geschäftsgläubiger gegenüber persönlich verpflichtet; oder man zieht mit dem Kammergericht aus § 27 HGB einen "Erstrecht-Schluß" [19] und leitet hieraus eine persönliche und unbeschränkte Haftung der an der Erbengemeinschaft beteiligten Miterben für die Verbindlichkeiten, die sie in Fortführung des Handelsgeschäfts begründen, ab. Diese Verpflichtungen werden gleichzeitig in Art einer Gesamtschuld als Nachlaßverbindlichkeiten mit der Folge des § 1967 BGB anerkannt [20]. Dies wird damit begründet, daß die Erbengemeinschaft als Verwalter des Nachlasses einem Nachlaßpfleger oder Testamentsvollstrecker gleichzustellen sei. Obwohl der Nachlaß auch eigenes Gut der Erben sei, bleibe er dennoch Sondervermögen, das einem besonderen Haftungszweck gewidmet sei [21].

---

17) Vgl. die in Fußnote 16 Genannten

18) RGZ 146, 343; Winckelmann, S. 68; Koch, S. 30
Damit steht nicht im Widerspruch, daß das RG und die Literatur eine vertragsmäßige Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß zulassen. Es handelt sich dabei um eine allgemeine Erscheinung des Haftungsrechts, die Haftung durch Vereinbarung mit dem Gläubiger auf einen bestimmten Haftungsgegenstand zu beschränken. Bedenken könnten hier nur im Hinblick auf die bloßen Nachlaßgläubiger bestehen.

19) KG JW 37, 2599; JW 39, 565 ff; vgl. Lohauß, S. 41

20) BGH in NJW 60, 159 mit weiteren Literaturangaben. Dagegen nur eine Haftung der Erben bejahend, aber wohl überholt: Eccius in Gruchot, 51, 568; Wachsner, LZ 1910, 383; Winckelmann, S. 66; Dür.-Hachenburg-Hoeniger, Anm. 11 zu § 27 HGB; Staub-Bondi, Anm. 8 zu § 27 HGB

21) Vgl. §§ 1978, 1979 BGB; 224 Nr. 1 KO und RGZ 90, 91 ff; 112, 131 ff; 146, 343; Hochgräbe, S. 62; Kipp-Coing, a. a. O., S. 404; BGH in NJW 54, 107 und BGHZ 32, 60 ff

Streit besteht nur insofern, als die überwiegende Meinung [22] die Anerkennung als Nachlaßverbindlichkeit dadurch einschränkt, daß diese vom Standpunkt eines sorgfältigen Beobachters aus betrachtet in ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses eingegangen worden sein müssen. Demgegenüber wird vereinzelt [23] vertreten, der handelsrechtliche Grundsatz der unbeschränkten Haftung mache auch die uneingeschränkte Haftung des Nachlasses notwendig. Der kaufmännische Verkehr habe immer das Handelsunternehmen als eine Art selbständiges Haftungsobjekt betrachtet. Ein Handelsgeschäft ohne uneingeschränkte sachliche Haftung des Unternehmens sei undenkbar.

Dagegen ist sich die herrschende Lehre wieder darin einig, daß die Vorschrift des § 139, Abs. 4 HGB nicht analog angewandt werden kann, wenn die Erbengemeinschaft die Fortführung des Handelsgeschäfts innerhalb der Frist des § 27, Abs. 2 HGB [24] einstellt. Der Erbe des Gesellschafters einer OHG haftet nach § 139, Abs. 4 HGB für die nach dem Erbfall entstandenen Schulden nur nach Maßgabe der erbrechtlichen Vorschriften. Wohl zu Recht wird als Grund für die Ablehnung der analogen Anwendung angegeben, daß bei der OHG die übrigen Gesellschafter weiterhin unbeschränkt haften, während bei der Erbengemeinschaft die Gläubiger allein auf die Haftung des Nachlasses angewiesen wären. Nach der überwiegenden Meinung haftet der Nachlaß aber auch nur dann, wenn die Verbindlichkeit von einem sorgfältigen Betrachter als Ausfluß einer ordnungsgemäßen Nachlaßverwaltung angesehen würde. Insgesamt ergibt sich nach der herrschenden Lehre ein Haftungsbild der Erbengemeinschaft bei Fortführung eines Handelsgeschäfts, das in etwa dem der OHG entspricht und das angeblich zeigt, daß das handelsrechtliche Verlangen nach unbeschränkter Haftung mit der Erbengemeinschaft vereinbar ist [25]. Hierin findet die herrschende Meinung die Bestätigung, daß es einer Erbengemeinschaft sehr wohl rechtlich möglich ist, in dieser Rechtsform das ererbte Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns fortzuführen.

3. Die rechtliche Möglichkeit, ein Handelsgeschäft in einer nicht im Gesetz vorgesehenen Rechtsform zu betreiben

Diese Frage berührt sich mit der nach den Rechtsformen, in denen ein nicht zur juristischen Person erstarkter Personenverband ein Handelsgeschäft betreiben kann. Das HGB stellt einer Personenmehrheit für diesen Zweck nur die Formen der OHG und der KG zur Verfügung. Damit ist jedoch noch nicht entschieden, ob andere

---

22) Wie Fußnote 20

23) Bartholomeyczik, DGWR 1938, S. 323, Sp. 2; Mattern, Anm. zu LM § 1967 BGB Nr. 1

24) Vgl. statt aller Bartholomeyczik, a. a. O., Sp. 1; Wachsner, LZ 1910, 382

25) BayObLG, HRR 30, 48 ff; Lohauß, S. 31

Arten des Zusammenschlusses mehrerer Inhaber eines Handelsgeschäfts auszuscheiden haben. Verneint man dies, was im Hinblick auf Art. 2 EG HGB auf den ersten Blick möglich erscheinen könnte, so müßte man es für zulässig erachten, daß mehrere Personen auch in einer Gemeinschaft, sei es nach Bruchteilen oder der gesamten Hand, ein Handelsgeschäft betreiben. Dies hätte weiter zur Folge, daß auch einer Erbengemeinschaft als Gemeinschaft zur gesamten Hand dieser Weg offen stände.

a) Mit dem Hinweis, daß das ADHGB keineswegs beabsichtigt habe, die Formen erschöpfend festzulegen, in welchen ein Handelsgeschäft bei Beteiligung einer Personenmehrheit betrieben werden kann, hat denn auch das ROHG [26] für das ADHGB schon im Jahre 1878 entschieden, daß eine Erbengemeinschaft ein ererbtes Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns in dieser Rechtsform fortführen kann. Diese Rechtsprechung wurde für das HGB durch das Kammergericht [27] bestätigt und findet sich als Begründung noch im neueren [28] und neuesten [29] Schrifttum.

b) Demgegenüber stützt eine modernere Auffassung [30] die Befugnis mehrerer Erben eines Einzelkaufmanns, das Handelsgeschäft als Erbengemeinschaft fortzuführen, auf die Bestimmungen der §§ 22 und 27 HGB. Grundsätzlich bejaht diese Ansicht, daß das Handelsgesetzbuch einer Personenmehrheit, die gemeinsam ein Handelsgewerbe betreiben will, nur die Rechtsformen der OHG und KG zur Verfügung stellt. Es wird aber erklärt, wenn die §§ 22 und 27 HGB bestimmten, daß ein Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns vererbt und durch den Erben fortgeführt werden könne, so werde hierdurch vom Gesetz selbst zugelassen, daß das Handelsgeschäft in der Rechtsform der Erbengemeinschaft betrieben werden könne. Obwohl § 27 HGB nur von "dem Erben" spreche, sei nicht zu unterstellen, daß der Gesetzgeber den so naheliegenden Fall einer Mehrheit von Erben übersehen habe. Vielmehr habe der Gesetzgeber nach bekanntem Brauch mit der Einzahl alle Fälle der Erbfolge in dem Sinne umfassen wollen, daß auch mehrere Erben "als Einheitsbegriff mit einheitlicher Richtung des Willens und Handelns"

---

26) ROHG, S. 23, 166

27) KGJ 15, 8; KG ZHR 53, 188 ff = KGJ 22, A 280 = RJA 2, 179 = OLG Rspr. 3, Nr. 102 ff; KGJ 48, A 127

28) Goldschmidt II, JW 31, 3057; Koenige, HGB Komm., Anm. 4 zu § 27; Hochgräbe, S. 13

29) Heintzenberg, S. 32, FN 2

30) OLG München, HRR 1937 Nr. 1593; KG HRR 36 Nr. 56; Schlegelberger-Hildebrandt, Anm. 7 zu § 22 HGB; Lohauß, S. 31; Hildebrandt, DFG 37, 153; Würdinger in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 27 zu § 22 und Anm. 16 zu § 27; Schlegelberger-Geßler, Anm. 57 zu § 105 HGB; Staudinger-Lehmann, Anm. 22 zu § 2032 BGB

anzusehen seien [31]. Mit anderen Worten, die §§ 22 und 27 HGB werden als Normen angesehen, die die Erbengemeinschaft als Rechtsform, in der eine Personenmehrheit ein Handelsgeschäft betreiben kann, zulassen und insoweit die Rechtsformen des HGB erweitern.

Diese Zulassung wird aus dem Sinn der Bestimmungen auf den Fall beschränkt, daß ein ererbtes Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns fortgeführt wird. Dieser Sinn rechtfertigt es dagegen nach dieser Ansicht nicht, den Grundsatz aufzustellen, daß schlechthin eine Mehrheit von Personen in der Wahl der Rechtsformen, unter denen sie ein Handelsgeschäft betreiben will, frei sei. Damit wird die Neugründung oder der Neuerwerb eines Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft als solche abgelehnt [32]. Dagegen wird die Fortführung eines Handelsgeschäfts, das gemäß § 2 HGB nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, dessen Eintragung bislang aber noch nicht erfolgte, gleichfalls im Hinblick auf die §§ 22 und 27 HGB zugelassen und die Erbengemeinschaft als Inhaberin eingetragen [33]. Zur Begründung wird angeführt, es sei nicht gerechtfertigt, zwischen Grundhandelsgewerbebetrieben nach § 1 HGB und solchen, die zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft nach § 2 HGB der Eintragung ins Handelsregister bedürfen, zu unterscheiden. Es könne der Erbengemeinschaft nicht zugerechnet werden, daß der Erblasser, obwohl firmenpflichtig, es unterlassen habe, seinen Betrieb eintragen zu lassen. Das Unternehmen erlange damit zwar erst nachträglich die Eigenschaft eines Handelsgewerbes, aber dies nicht auf Grund einer rechtsgeschäftlichen Handlung, wie der Neugründung oder dem Neuerwerb eines Handelsgeschäfts.

4. Die rechtliche Zulässigkeit der Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft als Folge der Notwendigkeit des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrags für die Begründung einer Handelsgesellschaft

Ein Teil der Rechtsprechung [34] und auch einige Autoren [35] begründen die Zuläs-

31) OLG Darmstadt, DJZ 1910, Sp. 656

32) Heintzenberg, S. 34; Lohauß, S. 38; Hochgräbe, Diss. S. 40, 41; Würdinger in RGR-Komm. z. BGB, Anm. 9 zu § 2032; Soergel-Siebert = Ehard, Anm. 1 zu § 2038; KG HRR 1936 Nr. 56 = JW 35, 3642 ff; KG JW 38, 3117; KG HRR 1932, 749 = JFG 9, 111 und Würdinger in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 27 zu § 22

33) KG JFG 5, 209; KG OLG Rspr. 4, 456 = Seuff. Archiv 59, 103 = Bank-Archiv 1903, 132, insbesondere KG JW 38, 211 ff, zur Vererblichkeit derartiger gewerblicher Unternehmen vgl. BGH NJW 1951, 230

34) ROHG 11, 101; BayObLG JW 31, 3129 ff; KG in RJA 2, 179; KG JW 39, 565; KG WM 1956, 583 ff; BGH in NJW 51, 311

35) Makower, HGB-Komm. § 105, I d 2; Hueck, ZHR 108, 24; Goldschmidt II, JW 31, 3057 ff; Frohwein, DFG 40, 104

sigkeit des Betriebs eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft damit, daß die Gründung einer OHG den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages erfordere. Das Gesetz lasse nirgendwo erkennen, daß aus der Erbengemeinschaft, die kraft Gesetzes entstehe, wenn sie ein ererbtes Handelsgeschäft überhaupt oder über die Frist des § 27, Abs. 2 HGB fortführe, ohne Vertrag eine Handelsgesellschaft werde. Die Erbengemeinschaft könne auch durch den Ablauf der Frist des § 27, Abs. 2 HGB nicht zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages gezwungen werden, da dies bedeuten würde, daß dem Miterben ohne ausreichende Gründe eine bestimmte Art der Auseinandersetzung und die Rechtsform einer Gesellschaft aufgezwungen würden. Überdies würde sich ein vorzeitiges Auseinandersetzungsverfahren mit den Bestimmungen der §§ 2045, 2048, 750, 751 BGB in Widerspruch setzen. Auch reiche die Überlegungsfrist des § 27, Abs. 2 HGB wohl aus, daß sich die Erben über den Schuldenstand des Nachlasses unterrichten könnten, nicht aber, um sich klar zu werden, ob und in welcher Rechtsform das Handelsgeschäft weitergeführt werden soll. Solange die OHG nicht durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Abschluß eines Gesellschaftsvertrages entstanden sei, liege also lediglich eine Erbengemeinschaft vor, die damit auch berechtigt sei, das Handelsgeschäft in dieser Rechtsform fortzuführen. Einer Vereinbarung über diese Art der Fortführung bedürfe es nicht, denn es handele sich dabei, wie gesagt, um die Verwaltung des Nachlasses, und Verwaltungsmaßnahmen müßten zwischen den Erben nicht besonders vereinbart werden.

5. Die Fortsetzung der Einzelkaufmannsfirma in der Erbengemeinschaft

a) Als letztes Hindernis für die Erbengemeinschaft als Inhaberin eines ererbten Handelsgeschäftes eines Einzelkaufmanns stellt sich der herrschenden Lehre das Problem der Firmenfähigkeit dieser Rechtsform entgegen. Ein Handelsgeschäft ohne Firma wäre für den Geschäftsverkehr unzureichend ausgerüstet. Die Firma bringt einmal einige mehr rechtstechnische Vorteile mit sich; der Inhaber kann unter seiner Firma Geschäfte betreiben, klagen und verklagt werden; zum anderen verbinden sich mit der Firma oft ein ansehnlicher Kundenkreis, Vertrauen im Geschäftsverkehr und nicht zuletzt Kreditwürdigkeit. Auch ist jede Rechtsform des HGB, in welcher ein vollkaufmännisches Handelsgeschäft betrieben werden kann, zugleich firmenfähig (vgl. §§ 17 ff HGB). Dieser Notwendigkeit der Firmenfähigkeit der Erbengemeinschaft steht aber entgegen, daß das Handelsgesetzbuch für die Erbengemeinschaft keine Firma zur Verfügung stellt und hinsichtlich der Eintragungsberechtigung und -verpflichtung der numerus clausus besteht. Will man die Erbengemeinschaft als Firmeninhaber und -träger zulassen, bleibt nichts anderes übrig, als sich an die Firma einer im HGB geregelten Rechtsform anzulehnen. Diesen Weg geht die herrschende Lehre auch. Sie meint im Hinblick darauf, daß sich die Erbengemeinschaft als Fortsetzung der Person des Erblassers in

seinen Rechtsbeziehungen darstelle, müsse die Gemeinschaft firmenrechtlich wie der Erblasser, also als Einzelkaufmann, behandelt werden. Obgleich die Erbengemeinschaft die gesamthänderische Verbindung mehrerer Personen darstelle, das Unternehmen also gemeinschaftlich erwerbe und fortführe, trete sie nach außen hin ebenso wie der Erblasser als Einzelkaufmann auf [36].

b) Im einzelnen wird dabei die Fortführung unter alter Firma, i.e., der Firma des Erblassers, von der Neuwahl einer Firma unterschieden.

Betreibt die Erbengemeinschaft das ererbte Handelsgeschäft unter der alten Firma des Erblassers, haben die Erben entsprechend der §§ 31 und 29 HGB die Änderung des Firmeninhabers beim Handelsregister anzumelden [37].

Wählt die Erbengemeinschaft eine neue Firma, so ist diese nach den Grundsätzen des § 18 Abs. 1 HGB zu bilden. Die Firma muß daher die Namen sämtlicher Erben mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen enthalten [38]. Da eine solche Firma von der einer OHG nicht zu unterscheiden wäre (vgl. § 19 HGB), folgert die herrschende Lehre aus § 18 Abs. 2 HGB, der die Beifügung von Zusätzen, die ein Gesellschaftsverhältnis andeuten, verbietet, die Notwendigkeit, der neuen Firma den Zusatz "Erbengemeinschaft" beizufügen [39]. Zum Teil wird auch vertreten, die Erforderlichkeit dieses Zusatzes ergebe sich nicht aus § 18 Abs. 2 HGB. Die Firma sei wahr und die Verwechslungsgefahr entstehe nicht durch einen täuschenden Zusatz. Dagegen verlange das Prinzip der Firmenklarheit (§§ 19 und 20 HGB) den Zusatz "Erbengemeinschaft" [40].

II. Die Ergebnisse der herrschenden Lehre

Es hat sich gezeigt, daß die herrschende Lehre annimmt, daß die Nachlaßverwaltung einer Erbengemeinschaft die Fortführung eines ererbten vollkaufmännischen Handelsgeschäfts umfassen kann und weiter, daß die rechtliche Gestaltung der Erbengemeinschaft einer solchen Weiterführung nicht entgegensteht. Sodann wird

---

36) Hochgräbe, S. 40, 41; Lohauß, S. 37-39; Winckelmann, S. 58; Heintzenberg, S. 38; Hildebrandt, DFG 37, 153 ff; Würdinger in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 8 zu § 18; KGJ 35, A 152 = RJA 9, 159; KG JW 38, 3117; KG JFG 5, 209 ff; KG OLG Rspr. 4, 455 ff

37) - 39) Vgl. die in Fußnote 36) angegebene Literatur und KG HRR 1932, 749; KG HRR 1936, Nr. 56; KG JW 1939, 365; Keil, S. 30; Winckelmann, S. 57; Staudinger-Lehmann, Anm. 22 zu § 2032 BGB; Soergel-Siebert = Ehard-Eder, Anm. 1 zu § 2038 BGB

40) Hochgräbe, S. 40, 41

von der herrschenden Lehre folgerichtig untersucht, wie sich damit vereinbaren läßt, daß das HGB für den Betrieb eines Handelsgeschäfts durch eine Personenmehrheit nur die Rechtsformen der OHG und KG kennt.

Auch diese Frage wird von der herrschenden Lehre unter Berufung auf die Typenfreiheit im Gesellschaftsrecht oder mit dem Hinweis auf die Erweiterung der gesetzlichen Typen durch die Normen der §§ 22 und 27 HGB positiv beantwortet. Die Firmenfähigkeit der Erbengemeinschaft wird in Anlehnung an die Firma des Einzelkaufmanns als deren Fortsetzung in der Erbengemeinschaft bejaht.

Im einzelnen kommt die herrschende Lehre zu folgenden Ergebnissen:

1) Die Erbengemeinschaft als solche kann ein ererbtes Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns während ihres Bestehens fortführen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob das gewerbliche Unternehmen schon zur Zeit des Erbfalls die Eigenschaft eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts besaß oder dieselbe erst durch eine spätere Eintragung erlangt hat. Dagegen ist es der Erbengemeinschaft verwehrt, ein Handelsgeschäft neu zu gründen oder zu erwerben.

2) Die Erbengemeinschaft ist firmenfähig. Soweit die Firma des Erblassers beibehalten wird, ist der Inhaberwechsel in analoger Anwendung des § 31 HGB durch alle Erben gemeinschaftlich beim Handelsregister anzumelden. Eine neue Firma ist in Anlehnung an die Firma eines Einzelkaufmanns zu wählen. Sie hat die Namen aller Erben und jeweils mindestens einen ausgeschriebenen Vornamen sowie den Zusatz "Erbengemeinschaft" zu enthalten.

§ 3
DIE KRITIK DER HERRSCHENDEN LEHRE

I. Kritik der These, die Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft als Verwaltung des Nachlasses anzusehen

1. Die gegensätzliche Tendenz von Nachlaßverwaltung und Handelsgewerbebetrieb

Wie aufgezeigt wurde, nimmt die herrschende Lehre an, die Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts diene der Erhaltung des Nachlasses und gehöre damit zu dessen Verwaltung.

Die Richtigkeit dieser These setzt voraus, daß ein Handelsgeschäft zu verwalten und zu betreiben eines ist.

Das Reichsgericht [1] charakterisiert den Betrieb eines Handelsgewerbes als eine andauernde, berufsmäßige Tätigkeit. Die Absicht der Erben dürfe nicht nur auf Erhaltungsmaßnahmen gerichtet sein, sondern auf "einen für die Dauer unternommenen Kreis von Geschäften als Ganzes, das als eine dauernde und berufsmäßig fließende Einnahmequelle dienen soll" [2]. Demgegenüber ist die Erbengemeinschaft von vorneherein nicht auf Dauer, sondern auf Beendigung zugeschnitten, ihr Zweck liegt im Streben nach Auflösung [3]. Das Wesen der Nachlaßverwaltung wird in diesem Sinne ganz überwiegend darin gesehen, den Nachlaß in seinem Bestand zu erhalten, nicht aber darin, sein Fortleben zu gewährleisten [4]. Daß diese Tendenz der Erbengemeinschaft nicht mit der des Handelsgewerbes als einer andauernden und berufsmäßigen Tätigkeit übereinstimmt, liegt damit auf der Hand [5]. Diese Bedenken sind auch vom BGH [6] anerkannt worden, indem er ausgesprochen hat,

---

1) RGZ 66, 48 ff

2) Vgl. auch RGZ in LZ 1912, 157 ff und LZ 1922, 685 ff; Staub-Bondi, Anm. 6 ff zu § 1 HGB; Dür.-Hachenburg-Geiler, Anm. 3 zu § 1 HGB

3) Lohauß, S. 30; Lion, LZ 1925, 845 ff; Goldschmidt II, JW 31, 3057 ff; Dür.-Hachenburg-Flechtheim, Anm. 18 zu § 105 HGB und Kregel in RGR-Komm. z. BGB, Anm. 4 zu § 2032; Staudinger-Lehmann, Vorb. 1 zu § 2031 BGB

4) Geiecker, S. 23, 36; Kipp-Coing, § 105, 3b S. 383 Heintzenberg, S. 76; Bartholomeyczik, 4. Denkschrift AkDR, S. 191

5) Vgl. hierzu die in Fußnote 3 Genannten u. Baur, Testamentsvollstr. S. 267, Anm. 25

6) BGHZ 17, 299 (301) = MDR 55, 537 mit Anm. v. Dres. G. u. D. Reinicke

daß die Erbengemeinschaft ihrem Wesen nach Abwicklungsgemeinschaft sei, mit dem natürlichen Ziel, sich aufzulösen. Der BGH hat aus dieser Erkenntnis auch die Konsequenzen gezogen und auf eine Erbengemeinschaft, bei der die Miterben ihre ganze Arbeitskraft dem zum Nachlaß gehörigen Handelsgeschäft widmeten, OHG-Recht angewandt.

Der tiefere Grund für die Annahme der herrschenden Lehre, daß die Nachlaßverwaltung auch das Betreiben eines Handelsgeschäfts beinhalten könne, dürfte letztlich in der unterschwelligen Vorstellung eines rechtlich selbständigen Handelsunternehmens zu suchen sein. Dann nämlich könnte das Unternehmen ebenso wie ein Mietshaus verwaltet werden. Das Handelsgeschäft wäre Nachlaßgegenstand; die Erbengemeinschaft als solche müßte nicht ein Handelsgeschäft betreiben. Diese Vorstellung ist bei Mommsen [7] sehr früh zu Tage getreten, worauf bereits hingewiesen wurde. Sie hat auch in den §§ 22 und 27 HGB einen gewissen Niederschlag gefunden [8] und lebt, wie sich noch weiter zeigen lassen wird (vgl. § 3, V), in der Begründung der herrschenden Lehre für die Zulässigkeit der Inhaberschaft eines Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft selbst heute noch fort. So betont neuestens der BGH [9] den Kontinuitätsgedanken eines gewerblichen Unternehmens stark.

2. Die Möglichkeit, ein Handelsgeschäft in Verwaltung des Nachlasses zu betreiben, begründet nicht die Zulässigkeit einer solchen Fortführung überhaupt

Wie gezeigt wurde, ist schon zweifelhaft, ob es möglich ist, ein Handelsgeschäft in Verwaltung des Nachlasses zu betreiben. Nimmt man aber einmal an, die These der herrschenden Lehre treffe zu, so besagt die Tatsache, daß es möglich ist, ein Handelsgeschäft in Verwaltung des Nachlasses zu führen, noch nichts darüber, ob dies auch mit dem rechtlichen Aufbau der Erbengemeinschaft und den handelsrechtlichen Bestimmungen über die Rechtsformen, in denen ein Handelsgeschäft betrieben werden kann, zu vereinbaren ist. Daraus, daß allein die Erbengemeinschaft berechtigt ist, den Nachlaß zu verwalten, folgt dies nicht. Hierdurch wird nur die Rechtszuständigkeit der Erbengemeinschaft für den Nachlaß begründet, was aber nicht besagt, daß diese nicht aus allgemein rechtlichen oder handels- bzw. gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten an einen anderen Rechtsträger abgegeben werden muß.

---

7) Vgl. Fußnote 9 (§ 2)

8) Denkschrift, S. 36 = Hahn-Mudgan, S. 219

9) BGH in NJW 1960, 959; vgl. weiter Bartholomeyczik, DGWR 1938, 323; Winckelmann, S. 5; Stegemann, S. 106 u. Binder II, S. 88; FN 188

Ebenso ist es nicht gerechtfertigt, allein aus dem Umstand, daß die Erbengemeinschaft befugt ist, während ihres Bestehens die Verwaltung auszuüben, zu schließen, daß - wenn sie einmal ein Handelsgeschäft in Nachlaßverwaltung vortgeführt habe - dies auch für ihre gesamte Bestandsdauer zulässig sein müsse. Aus der Berechtigung der Erbengemeinschaft, das Handelsgeschäft für einen bestimmten Zeitraum zu betreiben, folgt nicht zwingend, daß sie dies während der gesamten Zeit ihres Bestehens kann. Es müßte vielmehr erst nachgewiesen werden, daß die Dauer einer solchen Fortführung auf diese Frage keinen Einfluß hat.

II. Kritik der These von der rechtlichen Möglichkeit der Fortführung eines Handelsgeschäfts eines Einzelkaufmanns durch eine Erbengemeinschaft in Verwaltung des Nachlasses

Bei der Darstellung dieser These der herrschenden Lehre wurde darauf hingewiesen, daß sich dieselbe bei der Prüfung, wie sich die rechtliche Ausgestaltung der Erbengemeinschaft mit dem Betrieb eines Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft verträgt, auf die haftungsrechtlichen Fragen beschränkt. Damit trifft die herrschende Lehre nur einen Teil des Problems [10]. Es ist ihr zwar zuzugeben, daß für die Stellung der Erbengemeinschaft nach außen, insbesondere im Hinblick auf die Gläubiger, die Frage der Haftung von größter Bedeutung ist. Entscheidend kommt es aber zugleich auf die innere rechtliche Ausgestaltung der Erbengemeinschaft und die Regelung der Vertretung an. Beides liegt gleichfalls mit in dem Interesse der Gläubiger begründet. Denn etwa vorhandene Mängel der Erbengemeinschaft in ihrer inneren rechtlichen Ausgestaltung sowie der Vertretung fallen nicht nur, wenn auch in erster Linie, den Erben zur Last, indem sie die Kredit- und Vertrauenswürdigkeit des Unternehmens stark herabsetzen, sondern auch den Unternehmensgläubigern, weil es insbesondere Altgläubigern nicht immer freisteht, mit einem derartigen Unternehmen Handel zu treiben. Für sie kann ein faktischer Zwang zur Fortsetzung alter Geschäftsbeziehungen bestehen. Darüber dürfen aber die Interessen der Erben selbst nicht vergessen werden. Unsere Rechtsordnung verbietet aus dem Gedanken des Schutzes vor sich selbst, eine Rechtsform für den Betrieb eines Handelsgeschäfts zuzulassen, die hierzu nach ihrer rechtlichen Ausgestaltung nicht in der Lage ist.

Ebenso verwehren dies volkswirtschaftliche Gesichtspunkte. Geht es doch nicht an, wertvolle Güterbestände aus Gründen der rechtlichen Konstruktion schweren Bestandsgefahren auszusetzen [11]. Daß dieser Gesichtspunkt im Handelsgesetzbuch

---

10) Heintzenberg, S. 76

11) Paulick, Eingetr. Gen., S. 40

selbst seinen Niederschlag gefunden hat, ergibt die rechtliche Ausgestaltung der Rechtsformen, in denen nach dem HGB ein Handelsgeschäft betrieben werden kann [12].

Bei der Regelung der OHG und KG hat sich der Gesetzgeber nicht nur bemüht, die haftungsrechtlichen Fragen im Sinne eines Ausgleichs zwischen Gläubiger- und Gesellschafterinteressen zu normieren, sondern er war zugleich bestrebt, die Regelung der Vertretung dieser Gesellschaften und deren innere Ausgestaltung in einer Weise zu bestimmen, die den Erfordernissen des Handelsverkehrs gerecht werden. Mit ein Grund für die Aufstellung von Gesellschaftsformen ist anerkanntermaßen gewesen, die Laienhaftigkeit der Gründer bei der Aufstellung des Gesellschaftsvertrags zu beseitigen [13].

Aus all dem ergibt sich die Notwendigkeit, die Untersuchung der rechtlichen Möglichkeit der Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft in Verwaltung des ungeteilten Nachlasses nicht nur auf die Frage der Haftung zu beschränken, sondern auch auf die der Vertretung und inneren Ausgestaltung zu erstrecken. Dabei soll im Sinne der herrschenden Lehre mit den Haftungsproblemen begonnen werden.

1. Haftung:

a) Die Handelsrechtlichen Grundsätze zur Haftung

Auszugehen ist von dem wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsatz der unbeschränkten Haftung für Geschäftsverbindlichkeiten in einem vollkaufmännischen Unternehmen [14]. Das Gesetz sieht die unbeschränkte Haftung im Handelsrecht als das Normale und die Haftungsbeschränkung als die Ausnahme von der Regel an [15]. Dieser Grundsatz zwingt für den Fall der Inhaberschaft eines Handelsgeschäfts durch eine Erbengemeinschaft zu zwei Folgerungen: einmal wird dadurch die unbeschränk-

12) Paulick, a.a.O., S. 76; Lehmann, Gesellschr., § 62, II, S. 333; Fischer, LM § 27 HGB Nr. 2

13) Wie Fußnote 9

14) Vgl. statt aller: Bartholomeyczik, DGWR 1938, 323, Sp. 2; Schultze-v. Lasaulx in JZ 1952, 390; Paulick, ZGesGenR 4, 153; BGHZ 22, 241 ff und BGHZ 32, 60 ff; Erman-Bartholomeyczik, Anm. 2d zu § 2032 BGB; Schlegelberger-Hildebrandt, Anm. 1 zu § 25 HGB; von diesem Grundsatz geht, wie gesagt, auch die herrschende Lehre aus.

15) Eine völlige Haftungsbeschränkung kennt das Gesetz überhaupt nicht. Bei der Handelsform mit eigener Rechtspersönlichkeit haftet die juristische Person unbeschränkt, bei der KG der Komplementär.

te gesamtschuldnerische Haftung der Miterben, zum anderen die Haftung des Nachlasses, d. h. des ererbten Handelsunternehmens, gefordert. Letzteres ergibt sich mit aus der Tatsache, daß die Miterbengemeinschaft als Kaufmann auftritt. Der kaufmännische Verkehr hat von jeher das Unternehmen als eine Art selbständiges Haftungsobjekt betrachtet, als das eigentliche Vertrauensobjekt des kaufmännischen Kreditverkehrs. Dieses darf daher auch dem Zugriff der Geschäftsgläubiger nicht entzogen werden. Ein Handelsunternehmen ohne sachliche Haftung des Unternehmens kennt unser Recht nicht [16].

b) Ausgestaltung der Haftung einer Erbengemeinschaft im BGB

An diesen Maßstäben gilt es, die haftungsrechtliche Ausgestaltung der Erbengemeinschaft zu überprüfen. Dabei kann aus der Untersuchung die Frage der Haftung für frühere Geschäftsverbindlichkeiten ausgeschieden werden. Für sie gilt der Grundsatz der unbeschränkten Haftung nicht absolut, wie die Bestimmungen der §§ 25 und 27 HGB zeigen [17] [18].

Führt die Miterbengemeinschaft das ererbte Handelsunternehmen in Verwaltung des Nachlasses fort, so erfordert dies, daß sie nicht nur alte Verbindlichkeiten abwickelt, sondern auch neue begründet. Nach den allgemeinen Grundsätzen unseres Obligationenrechts haften mehrere, die persönlich eine Verbindlichkeit eingehen, für diese als Gesamtschuldner (§ 421 BGB). Anderes könnte sich nur daraus ergeben, daß diese Verbindlichkeiten in Verwaltung des ungeteilten Nachlasses eingegangen werden. Hieraus leitete dann auch eine ältere Lehre [19] ab, daß derar-

16) Denkschrift zum HGB, S. 36

17) Es haften bis zum Ablauf der Frist des § 27 Abs. 2 HGB die Miterben nach allgemeinen erbrechtlichen Grundsätzen (vgl. statt aller Bartholomeyczik, DGWR 38, 321 ff.). Nach der endgültigen Fortführung tritt, sofern § 27 HGB doch für eine Mehrheit von Erben gilt, wie es die herrschende Lehre annimmt, die unbeschränkte Haftung ein. Strittig ist nur, ob dies eine verschärfte erbrechtliche (so Dür.-Hachenburg-Flechtheim, Anm. 18 d. § 105 HGB; Goldschmidt II, JW 31, 3057; Keil, S. 76) oder eine besondere handelsrechtliche Haftung (so Winkelmann, S. 45; BGHZ 32, 60 ff; Hueck, ZHR 108, 26, FN 2; Stegemann, S. 107; Hafner, S. 90a) ist, was Bedeutung für die Anwendung von § 2058 I, 2 BGB gewinnt.

18) Ebenso kann eine Prüfung der Haftung des vorläufigen Erben für neue Geschäftsverbindlichkeiten unterbleiben. Er haftet, wird er nicht endgültiger Erbe, selbst nicht, für ihn haftet aber nach § 27 HGB der endgültige Erbe unbeschränkt so BGH in NJW 1960, 959 ff = BGHZ 32, 60 ff.

19) Staudinger II, S. 44 u. 341 (der seine Meinung allerdings in JW 1937, 1170 weitgehend aufgegeben hat); RGZ 62, 38 ff, 42; OLG Dresden, Seuff. Arch. 62, 285; Scheye, Gruchot S. 52, 809; Stegemann, S. 120, 128

tige Verpflichtungen Nachlaßverbindlichkeiten im Sinne des § 1967 BGB seien, für welche nur das Nachlaßvermögen als solches, nicht aber das Eigenvermögen der Erben, hafte. Als Begründung wird vor allem angeführt, die Haftung der Erben für eine mangelhafte Verwaltung gegenüber den Nachlaßgläubigern zwinge dieselben, zur Erhaltung des Wertes des Nachlasses neue Verbindlichkeiten einzugehen. Wenn aber diese Verpflichtung bestehe, gehe es nicht an, die Erben mit der zusätzlichen Last einer Haftung mit dem Eigenvermögen zu bedecken [20].

Im genauen Gegensatz hierzu vertrat eine andere, ebenfalls ältere Auffassung [21], daß Nachlaßverbindlichkeiten, für die der Nachlaß als solcher hafte, nur die durch das Gesetz bestimmten Verpflichtungen seien. Das Gesetz aber bestimme nirgendwo, daß hierzu auch die neuen, von den Miterben in Verwaltung des Nachlasses begründeten Verbindlichkeiten zählten.

Eine dritte Meinung [22] unterscheidet hingegen zwischen solchen Verbindlichkeiten, die in der Schwebezeit der Frist des § 27, Abs. 2 HGB und solchen, die nach der endgültigen Fortführung eingegangen werden. Für die Verbindlichkeiten der Schwebezeit nimmt sie eine ausschließliche Haftung des Nachlasses unter Hinweis auf § 139 Abs. 4 HGB an und gibt dafür die Begründung, daß eine richtig verstandene Überlegungsfrist (§ 27 Abs. 2 HGB) den Sinn habe, die Erben auch von der Haftung für laufende Verbindlichkeiten freizustellen.

Nach sämtlichen drei "älteren" Auffassungen ist die Erbengemeinschaft in ihrer haftungsrechtlichen Ausgestaltung für den Betrieb eines Handelsgeschäfts ungeeignet. Jede Ansicht beschränkt die Haftung für die neuen Geschäftsverbindlichkeiten in irgendeiner Weise. Sei es, daß angenommen wird, nur der Nachlaß hafte, sei es, daß vertreten wird, allein das Eigenvermögen der Miterben stehe den Gläubigern als Vollstreckungsobjekt zur Verfügung, sei es schließlich, daß man glaubt, zumindest für die Schwebezeit des § 27, Abs. 2 HGB sei die Haftung auf das Nachlaßvermögen beschränkt.

---

20) Vgl. die Widerlegung dieses Arguments durch Boehmer (Staudinger-Boehmer, Anm. 214 zu § 1922 BGB und Erbfolge und Erbenhaftung, §§ 21 u. 22), der zutreffend darauf hinweist, daß in den Nachlaß ja nicht die aktive Arbeitskraft des Erblassers fallen kann, sondern nur die reinen Vermögenswerte und nur die gilt es für die Erben zu erhalten.

21) Wachsner, LZ 1910, 382; Borcherdt, AcP 94, 197; Dür.-Hachenburg-Geiler, Anm. 11 zu § 27 HGB; Staub-Bondi, Anm. 8 zu § 27 HGB; Maenner, LZ 1922, 282; OLG Köln, Puchelt's Z 1935, 463

22) Fraeb, JW 1935, 1406; ablehnend Staub-Bondi, Anm. 28 zu § 27 HGB; vgl. auch die in Fußnote 24 (§ 2) Genannten.

Nun hat sich aber in neuerer Zeit, wie bereits oben (§ 2, I, 2) angeführt, eine einheitliche Auffassung über die Haftung für Verbindlichkeiten, die die Erben in Verwaltung des Nachlasses eingehen, herausgebildet. Beginnend mit der Entscheidung des Reichsgerichts im 90. Band, S. 91 ff setzte sich allgemein [23] die Erkenntnis durch, daß für derartige Verbindlichkeiten Nachlaß- und Eigenvermögen in einer Art gesamtschuldnerischem Nebeneinander haften. Die dogmatische Einordnung und Begründung dieser Ansicht hat vor allem Boehmer [24] gegeben. Er weist zutreffend darauf hin, daß die Stellung des oder der Erben, die den Nachlaß verwalten, eine solche "zwischen zwei Rechtsleben" sei, d. h., in der Nachlaßverwaltung die Rechtsstellung des Erblassers noch fortlebe. Dies rechtfertige es, Verpflichtungen aus dieser Zwischenzeit zu den Nachlaßverbindlichkeiten im Sinne des § 1967 BGB zu zählen. Offensichtlich sei aber, daß hierher nicht alle von dem oder den Erben begründeten Verbindlichkeiten gerechnet werden können, denn einmal träte der Zeitpunkt ein, da die Rechtsstellung der Erben nicht mehr vom Rechtsleben des Erblassers beeinflußt werde. Als Abgrenzungskriterium wird in Anlehnung an § 1978 BGB der Standpunkt eines sorgfältigen Beobachters gewählt, der die Verbindlichkeiten als in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses ansehen muß. Darauf, ob dies der Geschäftsgegner erkennen konnte, komme es hiernach nicht an. Daneben bleibe aber der Grundsatz bestehen, daß derjenige, der eine Verbindlichkeit persönlich begründe, für diese auch persönlich hafte [25]. Indem die herrschende Lehre diese Auffassung von der haftungsrechtlichen Ausgestaltung einer Erbengemeinschaft zu Grunde legt [26], kommt sie zum Schluß, daß dem handelsrechtlichen Grundsatz der unbeschränkten Haftung Genüge getan sei, da Nachlaß- und Eigenvermögen für die neuen Geschäftsverbindlichkeiten des ererbten Handelsgeschäfts hafteten.

---

23) RGZ 112, 129 ff; 146, 343 (345); BGH NJW 54, 107; BGH NJW 60, 961 und die dort angeführte Literatur; vgl. auch Herzfelder, JW 1926, 1545

24) Staudinger-Boehmer, Anm. 214 zu § 1922 BGB; Boehmer, Erbfolge und Erbhaftung, §§ 21 u. 22; Boehmer, JW 38, 2637; Boehmer, RG-Praxis III, 264 ff

25) Vgl. zur Begründung hierfür § 2, II, 2 und die dort angeführte Literatur

26) Bolte ZHR, 437; Cohn-Gruchot, 42, 46; Staub-Bondi, Anm. 29 zu § 27 HGB; Würdinger in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 15 zu § 27; Fischer, LM § 27 HGB Nr. 2; Frohwein, DFG 1940, 103 ff; Goldschmidt II, JW 31, 3051 ff; Hochgräbe, S. 62-64 u. 66; Heintzenberg, S. 76; Hueck, ZHR 108, 25; Keil, S. 76; Kretzschmar, ZBlFG 17, 2 u. 5; Lohauß, S. 41 ff; Koch, S. 36 ff; Winckelmann, S. 68 ff

c) Die Mängel der rechtlichen Ausgestaltung der Haftung

aa) Hiergegen ist mit Bartholomeyczik [27] einmal einzuwenden, daß der Grundsatz der unbeschränkten handelsrechtlichen Haftung es nicht verträgt, daß die Haftung des Nachlaßvermögens auf solche Verbindlichkeiten beschränkt wird, die vom Standpunkt eines objektiven Beobachters in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eingegangen worden sind, zumal es ja nicht darauf ankommen soll, ob der Geschäftsgegner dies erkannt hat oder nicht. Wie bereits ausgeführt, sieht der kaufmännische Verkehr von jeher das Unternehmen als eine Art selbständiges Haftungsobjekt an. Ein Handelsgeschäft setzt daher die sachliche Haftung des Handelsvermögens, d.h. hier des zum Nachlaß gehörenden, im Geschäft gebundenen Vermögens voraus [28].

bb) Ein weiterer Einwand gegen die herrschende Lehre findet sich in der Haftung der Erbengemeinschaft für die unerlaubte Handlung [29] ihrer Vertreter. Während § 31 BGB auf die Handelsgesellschaften analog angewandt wird, ist das bei der Erbengemeinschaft nicht möglich [30]. Steht doch hinter § 31 BGB der Gedanke, daß die Handlungen der Organe einer Körperschaft, da diese nur durch die Organe handeln und im Geschäftsverkehr auftreten kann, im Interesse Dritter so angesehen werden müssen, als seien es Handlungen der Körperschaft selbst [31]. Die Erbengemeinschaft ist nun weder Körperschaft noch auch nur in gewisser Hinsicht rechtlich so verselbständigt wie die OHG. Sie bedarf keiner Organe zum Auftreten nach außen. Rechtsträger der Erbengemeinschaft sind die Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit, die gemeinschaftlich handeln. Haben sie einen gemeinsamen Vertreter zur vollen Verwaltung des Nachlasses, so gilt für sie dasselbe wie bei einer Einzelperson, die einen Generalbevollmächtigten bestellt hat: die Miterben können, und zwar jeder für sich, ihren Vertreter jederzeit abberufen.

---

27) Bartholomeyczik, DGWR 38, 323 u. 4. Denkschrift AkDR, S. 202 ff u. Mattern, LM § 1967 BGB Nr. 1. Auch der BGH betont in NJW 1960, 959 (962), daß es für die Haftung des Nacherben für Geschäftsverbindlichkeiten des Vorerben aus handelsrechtlichen Grundsätzen nicht auf eine Eingehung der Verbindlichkeiten im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung ankommen könne. Es ist dann wohl inkonsequent, wenn er dies bei der Haftung der Erben selbst nicht anerkennt.

28) Diese Auffassung ist wohl auch im Hinblick auf § 2041 BGB richtig. Die dingliche Surrogation stellt nicht auf eine ordnungsgemäße Verwaltung ab.

29) Fischer, LM § 27 HGB Nr. 2; Bartholomeyczik, 4. Denkschrift AkDR, S. 203, 204

30) RGZ 76, 35 ff (48); OLG München, HRR 1939 Nr. 365; BGH in MDR 1952, 285; Hueck, OHG S. 172; Larenz, Wegweiser, S. 302

31) RGZ 62, 42; Motive z. BGB, Band I, § 40, S. 103; Dennecke in RGR-Komm. z. BGB, Anm. 1 zu § 31; RGZ 162, 169

Sie stehen als diejenigen hinter dem Vertreter, die für das Auftreten der Erbengemeinschaft letztlich verantwortlich sind.

Nur am Rande sei noch darauf hingewiesen, daß bei der Erbengemeinschaft eine dem § 129, Abs. 1 HGB entsprechende Bestimmung fehlt. Es ist also fraglich, ob der Erbe gegenüber einer persönlichen Inanspruchnahme auch die der Gemeinschaft zustehenden Einreden geltend machen kann. Die Lösung ergibt sich wohl aus den §§ 421 ff BGB. Nicht nur die mehreren Miterben haften als Gesamtschuldner, sondern auch Miterbe und Miterbengemeinschaft, da das Eigenvermögen der Miterben rechtlich vom Nachlaß als gesamthänderisches Sondervermögen verschieden ist. Dies hat zur Folge, daß der einzelne, persönlich in Anspruch genommene Miterbe sich auch auf die Aufrechnungs- und Anfechtungsmöglichkeiten der Gemeinschaft berufen kann.

cc) Entscheidend ist gegen die herrschende Lehre vorzubringen, daß sie mit der heutigen allgemeinen Auffassung der Haftung einer Erbengemeinschaft nicht übereinstimmt.

Es wird überwiegend anerkannt [32], daß die Erben ihre Haftung für neu begründete Verbindlichkeiten nicht nur durch ausdrückliche Vereinbarung mit dem Geschäftsgegner [33] auf den Nachlaß beschränken können, sondern daß dies auch dadurch geschehen kann, daß sie ausdrücklich oder stillschweigend erkennbar machen, im Namen oder als Vertreter des Nachlasses zu handeln. Diese Ansicht dürfte auch zu treffend sein. Sicher hat der Nachlaß keine Subjektseigenschaft. Andererseits ist er gerade bei einer Erbengemeinschaft ein vom Eigenvermögen der Erben getrenntes, einem bestimmten Zweck gewidmetes Sondervermögen. Die Erbengemeinschaft ist nicht, wie im römischen Recht, eine Summe von Bruchteilsgemeinschaften an den einzelnen Nachlaßgegenständen, sondern in Anlehnung an das Preußische Allgemeine Landrecht (PrALR I, 9 § 382) eine Gemeinschaft zur gesamten Hand am ganzen Nachlaß. Das Wesen einer Gesamthandsgemeinschaft liegt aber in der Bildung eines Sondervermögens [34], das bei der Erbengemeinschaft durch

32) RGZ 146, 346 = JW 1935, 1405; Kipp-Coing, a. a. O., § 93, II, 3, S. 403, 404 Staudinger-Lehmann, Anm. 24 zu § 1967 BGB; Soergel-Siebert = Ehard-Eder, Anm. 6 zu § 1967 BGB; Johannsen in RGR-Komm. z. BGB, Anm. 12 zu § 1967; Planck-Flad, Anm. 6 zu § 1967; Mudgan, Materialien z. BGB, Bd. 5, S. 323

33) So schon Motive z. BGB, Bd. V, S. 603

34) Heute h. M.; vgl. Planck-Ebbecke, Anm. 3 zu § 2032 BGB Staudinger-Lehmann, Anm. 5 zu § 2032 BGB; Soergel-Siebert = Ehard-Eder, Anm. 1/2 zu § 2032 BGB; Lange, Erbrecht, § 44, 3b, S. 541; Kipp-Coing, § 114, III, S. 474 Strittig nur, ob "geteilte Mitberechtigung" (so insbes. Binder III, 6 ff) oder "ungeteilte Gesamtberechtigung" (so insbes. Staudinger-Lehmann, Anm. 6 ff zu § 2032 BGB. Für einen ideellen Anteil der Miterben an den einzelnen Nachlaßgegenständen sprechen sich aus: Erman-Bartholomeyczik, Anm. 2 zu § 2032 BGB; Kregel in RGR-Komm. z. BGB, § 2032, Anm. 7; RGZ 84, 243; KG in JW 38, 3115; BayObLG 42, 133

den gemeinsamen Verwaltungs-, Nutzungs- und Abwicklungszweck gebunden ist. Hierdurch wird die Erbengemeinschaft allerdings noch nicht zur juristischen Person. Träger des Sondervermögens sind die Miterben, aber in gesamthänderischer Verbundenheit. Es steht also neben dem Sondervermögen aller das keiner Bindung unterliegende Eigenvermögen der einzelnen Erben, über dessen Gegenstände jeder allein verfügen kann. Damit besitzt das Sondervermögen Nachlaß gegenüber den Eigenvermögen der Miterben, wenn es auch nicht einem besonderen, neben den einzelnen Miterben stehenden Rechtsträger zugeordnet ist, eine gewisse rechtliche Selbständigkeit, die unter anderem einen Niederschlag in den §§ 2040, Abs. 1 u. 2, 2046, Abs. 1, S. 1, 2041, 1978 BGB und 742 ZPO gefunden hat [35].

Auch sind die Miterben als Verwalter des Nachlasses einem Nachlaßpfleger oder -verwalter gleichzustellen. Bei letzteren ist aber vom Gesetz selbst anerkannt, daß sie nur Vertreter des Nachlasses sind, nicht aber sich selbst verpflichteten [36].

Treten nun die Miterben in Erbengemeinschaft als Inhaber eines ererbten Handelsgeschäfts im Rechtsverkehr unter der alten Firma des Erblassers auf, oder mit einer neuen Firma und dem Zusatz "Erbengemeinschaft", wie es die herrschende Lehre vorsieht, so spricht immerhin einiges dafür, daß die Miterben dadurch zu verstehen und zu erkennen geben wollen, daß sie nur namens des Nachlasses, nämlich der als Nachlaß verwalteten Handelsfirma, handeln wollen und demgemäß nur dieser haften soll [37]. Folgt man der obigen Auffassung, wie es heute allgemein üblich ist, so würde dies bedeuten, daß für die neuen Geschäftsverbindlichkeiten grundsätzlich nur das Nachlaßvermögen haften würde. Das ist aber mit dem wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundsatz von der unbeschränkten Haftung im Handelsverkehr unvereinbar [38].

Diesen Widerspruch kann die herrschende Lehre auch nicht dadurch beseitigen, daß sie sich auf die Begründung des Kammergerichts zurückzieht, das die unbeschränkte Haftung für neue Geschäftsverbindlichkeiten aus einem "Erstrecht-Schluß" aus § 27 HGB ableitet (vgl. § 2, I, 2). Denn ein Schluß a majore ad minus ist nur dort

---

35) Vgl. RGZ 76, 58 für Nichteintritt von Konfusion und Konsolidation. Vgl. zweitens BGHZ 21, 231 für Notwendigkeit einer Eigentumsübertragung von Miterbengemeinschaft auf einzelne Miterben.

36) Vgl. insbes. Bartholomeyczik, DGWR 1938, 321 und RGZ 62, 42

37) So ausdrücklich OLG Dresden, Seuff. Arch. 52, 283; Sächs. OLG 28, 407; Fraeb, JW 1935, 1406 u. grundsätzlich auch OLG Hamburg, Seuff. Arch. 65, 135 = Recht 1910, Nr. 1988; OLG Köln, Puchelt's Z 35, 463 u. Baur, Testamentsvollstr., S. 255

38) Vgl. zu den haftungsrechtlichen Schwierigkeiten auch noch Frohwein, DFG 1940, 104

gerechtfertigt, wo wirklich das Mehr denknotwendig das Weniger umfaßt. Dies ist aber bei der Regel des § 27, Abs. 2 HGB nicht der Fall, folgt doch aus der Tatsache, daß der Erbe für die alten Verbindlichkeiten unbeschränkt wie der Erblasser haftet, noch nicht notwendig, daß er ebenso für die neuen Geschäftsverbindlichkeiten einstehen muß. Zudem krankt die Begründung des Kammergerichts noch daran, daß § 27, Abs. 2 HGB hinsichtlich der Haftung für die Zeit vor Fristablauf überhaupt nichts aussagt, also aus ihm auch keine Folgerungen für das Einstehenmüssen für neue Schulden gezogen werden können.

Als Ergebnis kann mithin festgehalten werden, daß die haftungsrechtlichen Grundsätze, die für eine Erbengemeinschaft gelten - wendet man sie folgerichtig an -, die Erbengemeinschaft als ungeeignet für den Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes erscheinen lassen.

2. Vertretung:

a) Die handelsrechtlichen Grundsätze zur Vertretung

Auch an die Regelung der Vertretung einer Gemeinschaft, die am Handelsverkehr teilnimmt, stellen Handelsrecht und -verkehr bestimmte Mindestanforderungen. Die Sicherheit und Leichtigkeit des Handelsverkehrs erfordern eine klare Be- und Umgrenzung der Vertretung und eine einfache Möglichkeit, sie zu überprüfen (vgl. §§ 125, 126 HGB). Weiter muß die Vertretung so ausgestattet sein, daß sie eine gewisse Aktionsfähigkeit der Gemeinschaft garantiert und die Schlagkraft des Wirtschaftseinsatzes bestehen läßt [39].

b) Die Ausgestaltung der Vertretung einer Erbengemeinschaft nach dem BGB

Mit diesen Erfordernissen muß sich also die rechtliche Ausgestaltung der Vertretung bei einer Erbengemeinschaft vereinbaren lassen. Sucht man bei den Bestimmungen des BGB über die Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff BGB) solche über die Vertretung, so finden sich nur Vorschriften über die Verwaltung und die Verfügung über Nachlaßgegenstände. Dieser Gegensatz zur handelsrechtlichen Terminologie ist sachlich berechtigt, hat doch die Erbengemeinschaft, anders als die Handelsgesellschaften, keinen werbenden Zweck. Ihr Zweck erschöpft sich darin, die Befriedigung der Nachlaßgläubiger sowie die Auseinandersetzung zu sichern und den Nachlaßwert zu erhalten [40]. Schon diese allgemeine Zielsetzung der Erbenge-

39) Fischer, LM § 27 Nr. 2 HGB; Heintzenberg, S. 45 u. S. 48

40) Kipp-Coing, a. a. O., § 105, III, 3b, S. 383 heben zu Recht hervor, daß die Verfasser des BGB bei der Regelung der Erbengemeinschaft an Fälle gedacht haben, bei denen nur ein einziger Gegenstand gemeinschaftlich ist.

meinschaft läßt erkennen, daß die Gestaltung ihrer Vertretung anderen Gesetzlichkeiten unterworfen ist als denjenigen, die für die Rechtsformen des Handelsrechts gelten. Nicht zuletzt wirkt sich auch die rechtliche Natur der Erbengemeinschaft aus, die weder rechtliche Selbständigkeit besitzt noch nach Art einer OHG wie eine geschlossene Einheit nach außen auftritt. Es kann sich also bei einer Erbengemeinschaft immer nur darum handeln, wie die Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit vertreten werden können.

Dementsprechend wird die Erbengemeinschaft durch sämtliche Miterben "vertreten" (§ 2040, Abs. 1 BGB). Dieser Grundsatz gilt nicht ausnahmslos; Jedem Miterben steht ein sogenanntes "Notverwaltungsrecht" zu (§ 2038, II, 2, zweite Satzhälfte, BGB). Dies gibt nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung jedem einzelnen Miterben das Recht, die zur Erhaltung des Nachlasses notwendigen Maßnahmen allein zu treffen und Nachlaß und Miterben zu verpflichten [41]. Dem Geschäftsgegner nutzt diese Einzelvertretungsbefugnis allerdings recht wenig. Woher soll dieser erkennen, ob der einzelne Miterbe die Verpflichtung als zur Erhaltung des Nachlasses notwendig eingeht? Den übrigen Miterben schadet aber die Bestimmung nur. Ihr Eigenvermögen kann, da nach der herrschenden Lehre sowohl Nachlaß wie Eigenvermögen der Miterben haften, für neue Geschäftsverbindlichkeiten durch jeden anderen Miterben mit der vollen Haftung für derartige Verpflichtungen belastet werden. Mit dieser Begründung und dem eindeutigen Gesetzeswortlaut (vgl. § 2040 BGB) ist deshalb im Einklang mit der neueren Rechtsprechung [42] die Annahme einer Einzelvertretungsbefugnis hinsichtlich der Verfügungsgeschäfte abzulehnen.

Die andere Durchbrechung findet sich in einer gesetzlichen Einziehungs- und Prozeßermächtigung für jeden einzelnen Miterben (§ 2039 BGB). Jeder Miterbe ist kraft Gesetzes berechtigt, Leistungen an alle Miterben zu verlangen. Ein Widerspruch der übrigen Miterben schließt diese Ermächtigung nicht aus [43]. Auch diese Bestimmung paßt nicht auf eine Erbengemeinschaft, die ein Handelsgeschäft betreibt, kann doch mit ihrer Hilfe ein uneinsichtiger Miterbe die ge-

---

41) Erman-Bartholomeyczik, Anm. 2e ff zu § 2038 BGB u. Anm. 5 zu § 2040 BGB; ebendieser in 4. Denkschrift AkDR, S. 202; Heintzenberg, S. 42; Kregel in RGR-Komm. z. BGB, Anm. 5 zu § 2038; Staudinger-Lehmann, Anm. 12 zu § 2038 BGB; Palandt-Keidel, Anm. 3c zu § 2038 BGB Bertzel, AcP, 158, 107 ff; Lange, Erbrecht, § 45, II, 4a, S. 561 u. IV, 3, S. 575

42) OLG Neustadt, JZ 62, 573; BGH LM Nr. 1 zu § 2038 BGB u. LM Nr. 14 zu § 1004 BGB; VGH Kassel, NJW 58, 1203; OLG Düsseldorf, NJW 1954, 1041 ff u. NJW 1956, 876 ff; Soergel-Siebert - Ehard-Eder, Anm. 2 u. 6 zu § 2038 BGB

43) Erman-Bartholomeyczik, Anm. 1 zu § 2039 BGB

schäftliche Zielsetzung der übrigen Miterben durchkreuzen, die sich vielleicht entschlossen haben, eine bestimmte Forderung nicht einzuklagen, um einen guten Kunden nicht zu verlieren. Nun besteht allerdings auch bei der OHG gemäß §§ 125, 126 HGB grundsätzlich dieselbe Befugnis für den einzelnen Gesellschafter. Dies schadet aber dort nicht, weil sich die Gesellschafter freiwillig zusammengeschlossen haben; die Erbengemeinschaft dagegen entsteht kraft Gesetzes.

Weitere Ausnahmen von dem Grundsatz des gemeinsamen rechtsgeschäftlichen Handelns der Miterben gibt es nicht. Insbesondere bleibt die Regel des § 2038, Abs 2, S. 1 BGB i. V. m. § 745 BGB, die gestattet, durch Stimmenmehrheit eine ordnungsgemäße Verwaltung zu beschließen, auf die reine Nachlaßverwaltung im Sinne einer Geschäftsführung beschränkt. Ein von der Mehrheit des Miterben betreffs einer bestimmten Verwaltungsmaßnahme gefaßter Beschluß gibt dieser Erbenmehrheit nicht die Vollmacht, zugleich für die überstimmte Minderheit zu handeln [44].

c) Die Erteilung einer Generalvollmacht an einen Miterben

Daß die dargestellte Regelung der Vertretung den Erfordernissen des Handelsverkehrs nicht entspricht, liegt auf der Hand. Nun könnte man daran denken, diese Mängel durch eine Generalvollmacht, die die Miterben einem von ihnen oder einem Dritten erteilen können, zu beheben. Aber auch dieser Weg führt nicht viel weiter.

Es ist einmal zu beachten, daß die Vertretenen weiterhin die Handlung selbst neben dem Vertreter vornehmen können, was leicht zu einem widerspruchsvollen Geschäftsgebaren führen kann [45]. Doch sehr gefährlich für die Erbengemeinschaft wird das kaum sein. Einschneidender wirkt sich aus, daß der Umfang der Vollmacht nicht gesetzlich festgelegt ist [46]. Die Geschäftsgegner können sich deshalb nie darauf verlassen, daß ein bestimmtes Handeln des Vertreters auch von dessen Vollmacht gedeckt wird. Immerhin wird man hier noch in bestimmtem Umfange mit der sogenannten Anscheinsvollmacht helfen können. Als entschei-

---

44) Hochgräbe, S. 65; Heintzenberg, S. 46; Bartholomeyczik, 4. Denkschrift AkDR, S. 167; Kregel in RGR-Komm. z. BGB, Anm. 4 zu § 2038; Soergel-Siebert = Ehard-Eder, Anm. 7 zu § 2038 BGB; BGH, NJW 1958, 2061 = MDR 1959, 30 mit zustimmender Anm. von Thieme
dagegen: Planck-Ebbecke, Anm. 1 zu § 2038 BGB; Presser, JW 1933, 145; OLG Kiel, Seuff. Arch. 61, 131 und Verfügungen, ausgenommen auch Staudinger-Lehmann, Anm. 13 zu § 2038 BGB

45) Hochgräbe, S. 56; Heintzenberg, S. 46

46) Vgl. im Gegensatz hierzu § 126 HGB

dender Mangel muß hervorgehoben werden, daß die Repräsentation nicht im Handelsregister eingetragen werden kann, was auch die herrschende Lehre [47] anerkennt. Eine entsprechende Anwendung des § 125 HGB verbietet der Grundsatz, daß das Handelsregister nur für diejenigen Tatsachen und Rechtsverhältnisse offen steht, deren Eintragung im Gesetz selbst vorgesehen ist [48].

d) Die Erteilung einer Prokura an einen Miterben

Als Ersatz für die nicht eintragungsfähige Repräsentation könnte noch die Erteilung der Prokura an einen der Miterben dienen. Die oben geäußerten Bedenken blieben allerdings auch hier bestehen. Eine Prokura kann im Handelsregister eingetragen werden (§ 53 HGB), ihr Umfang ist gesetzlich festgelegt (§ 49 HGB) und eine Beschränkung des Umfangs dem Geschäftsgegner gegenüber unwirksam (§ 50 HGB). Sie entspricht daher weitgehend den Anforderungen, die der Handelsverkehr an eine Vertretung stellt.

Schon in einem Beschluß vom 14.1.1916 [49] hat das Kammergericht die Erteilung der Prokura an einen Miterben für unzulässig erklärt. Es hat dies damit begründet, daß die Erbengemeinschaft weder juristische Person noch nach Art einer solchen organisiert sei, vielmehr seien die einzelnen Erben die Rechtsträger des Nachlasses und damit des Handelsgeschäfts. Dies habe zur Folge, daß jeder einzelne Erbe - wenn auch in gesamthänderischer Verbundenheit mit den anderen - den Prokuristen bestellen würde. Derjenige Miterbe, der zum Prokuristen bestellt würde, wäre dann zugleich Inhaber und Vertreter des Handelsgeschäfts. Niemand könne aber Herr und Diener des Geschäfts in einer Person sein.

Diese Auffassung des Kammergerichts ist vom Bundesgerichtshof [50] mit einer anderen Begründung bestätigt worden. Der Bundesgerichtshof wendet gegen den vom Kammergericht hervorgehobenen Gesichtspunkt, daß niemand gleichzeitig Herr

---

47) Zunächst wurde die Eintragung einer Repräsentation vom KG (KGJ 22, 286) zugelassen; seit der Entscheidung des KG in RJA 9, 159 ff wird dies aber einhellig abgelehnt. Vgl. OLG München, HRR 37 Nr. 1593; Hochgräbe, S. 55 ff; Heintzenberg, S. 46 ff; Erman-Bartholomeyczik, Anm. 1 zu § 2038 BGB; Soergel-Siebert = Ehard-Eder, Anm. 3 zu § 2032 BGB; Kregel in RGR-Komm. z. BGB, Anm. 9 zu § 2032 BGB, ebenso wird die Eintragung des Ausschlusses von der Vertretung abgelehnt. Mit Recht sieht Kretzschmar (ZBIFG 17, 14) einen Widerspruch der herrschenden Lehre darin, daß sie zwar die Firma als eintragungsfähig ansieht, nicht aber die Repräsentation.

48) KGJ 48 A 129; RGZ 132, 140

49) KGJ 48 A 127 (129); vgl. auch KG in JW 39, 565 ff und KG in JFG 20, 187 = DJ 1940, 518 und ebenso RG in RGZ 127, 153

50) BGHZ 30, 392 ff = NJW 59, 2114 ff, vgl. auch BGHZ 32, 60 ff = NJW 60, 962

und Diener des Geschäfts sein könne, ein, daß ein solches Zusammentreffen auch bei Personalhandelsgesellschaften in Betracht komme, ohne daß deshalb die Zulässigkeit der Bestellung eines Gesellschafters zum Prokuristen in Zweifel gezogen werden könne [51].

Der BGH stellt in seiner Begründung allein auf die rechtliche Eigenart der Erbengemeinschaft als einer gesamthänderischen Zusammenfassung der Erben ab. Dies habe zur Folge, daß ein Vertreter nicht die Erbengemeinschaft als solche, sondern immer nur die einzelnen Miterben vertreten könne. Die Vollmacht, die die Erben einem Miterben erteilten, sei daher eine aus mehreren Einzelbevollmächtigungen zusammengesetzte Vollmacht. Jeder einzelne Erbe könne diese seine Einzelvollmacht dementsprechend auch widerrufen, da es sich bei dem Widerruf nicht um eine Verwaltungsangelegenheit handele, die nur von allen Erben gemeinschaftlich vorgenommen werden könne, sondern um eine persönliche Angelegenheit des Einzelerben. Diese Rechtsgestaltung bedinge, daß der Miterbe als Prokurist nicht im Namen der Erbengemeinschaft als einer selbständigen Rechtspersönlichkeit auftreten könne, sondern seine Tätigkeit ein Handeln im Namen der übrigen Miterben und zugleich im eigenen Namen darstelle. Die Prokura würde damit aber nicht von "dem" Inhaber erteilt, wie es § 48 HGB verlange [52].

Diese Wortinterpretation des BGH wirkt nicht sehr überzeugend. Es wird von dem vom KG [53] herausgearbeiteten Gedanken auszugehen sein, daß der Prokurist seinem Wesen nach nicht mit dem Geschäftsinhaber personengleich sein kann. Der Inhaber würde sich sonst durch sich selbst vertreten lassen. Dies verbietet den Mit-

---

51) Vgl. BGHZ 17, 392

52) Folge dieser Entscheidung ist, daß § 52, Abs. 3 HGB soweit nicht zur Anwendung kommt, als ein Prokurist Erbe wird.
Der Rechtsprechung des KG und des BGH hat sich die Literatur überwiegend angeschlossen, vgl. Baumb.-Duden, Anm. 2a zu § 48 HGB; Würdinger in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 16 zu § 27; Schlegelberger-Hildebrandt, Anm. 2 zu § 48 HGB; Soergel-Siebert = Ehard-Eder, Anm. 3 zu § 2038 BGB; Kregel in RGR-Komm. z. BGB, Anm. 9 zu § 2032 BGB; Heintzenberg, S. 46 ff; Hochgräbe, S. 55 ff; Frohwein, DFG 1940, 103; Fischer, LM § 27 HGB Nr. 2; abweichend nur: Dür.-Hachenburg-Hoeniger, Anm. 1 zu § 48 HGB ohne Begründung und Marcus, Holdheim, 18, 101; er hält es für formalistisch, daß Prinzipal und Prokurist verschieden sein müssen. Dieser Gesichtspunkt kann aber der Begründung des BGH nicht entgegengehalten werden. Bedenken gegen die Ablehnung erhebt auch Hochgräbe, S. 58

53) Von diesem Gedanken gehen gleichfalls aus: Schlegelberger-Hildebrandt, Anm. 2 zu § 48 HGB; Würdinger in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 6 zu § 48 und RFH in JW 1936, 3353

erben, da sie Inhaber des Handelsgeschäfts sind, einen von ihnen zum Prokuristen zu bestellen. Wenn hiergegen der BGH einwendet, bei Personalgesellschaften werde doch auch unter Umständen ein Gesellschafter zur Prokura zugelassen, wird übersehen, daß die Personalgesellschaften eine starke rechtliche Verselbständigung erfahren haben (§ 124 HGB). Diese Verselbständigung erlaubt es, die Personalgesellschaft im Verhältnis zu einem Gesellschafter, der gleichzeitig Prokurist ist, als die Inhaberin des Handelsgeschäfts anzusehen.

Eine ins Handelsregister eintragbare Repräsentation scheidet damit für die Miterben selbst aus. Das zwingt zu der Feststellung, daß die rechtliche Ausgestaltung der Vertretung die Erbengemeinschaft für ein Auftreten im Handelsverkehr recht wenig geeignet erscheinen läßt [54].

e) Die Erteilung einer Prokura an einen Dritten

Die herrschende Lehre läßt die Bestellung eines Dritten zum Prokuristen für die Erbengemeinschaft zu [55]. Eine eingehende Begründung dafür gibt nur das Kammergericht [56]. Es räumt ein, daß bestimmte Zweifel daran bestehen, ob die Erbengemeinschaft überhaupt einen Prokuristen haben kann. Diese Bedenken würden sich daraus ergeben, daß ein Prokurist nicht, wie ein sonstiger Bevollmächtigter, nur für einen einzelnen Miterben bestellt werden könne, was aber an sich im Hinblick auf die rechtliche Ausgestaltung der Erbengemeinschaft die einzig mögliche Regelung wäre.

Das Kammergericht hält jedoch dieses Bedenken nicht für durchschlagend. Es meint, wenn jeder Miterbe für seinen Anteil die Prokura erteilt habe, so schade es der hierdurch entstehenden vollen Prokura nicht, daß sie sich aus "Teilprokuren" zusammensetze, die jede für sich genommen unzulässig sein würden. Diese "Teilprokuren" sollten als solche nicht in Erscheinung treten. Man müsse es deshalb genügen lassen, daß die Einzelvollmachten der Miterben den Prokuristen ermächtigen würden, mit den dem Gesetz entsprechenden Befugnissen den Inhaber des Handelsgeschäfts zu vertreten. Allerdings könne diese volle Prokura jeder einzelne Miterbe durch den Widerruf seiner Teilprokura zum Erlöschen bringen. Im Gegensatz zur OHG müßten die Erben dann gemeinschaftlich gemäß § 53, Abs. 2 HGB das Erlöschen anmelden [57], solange gelte kraft Rechtsschein (§ 15 HGB) die Prokura im Verhältnis zu den Geschäftspartnern fort.

---

54) Vogels, DJ 1940, 519

55) Vgl. die unter Fußnote 52, 2. Abs. Aufgeführten

56) JFG 20, 287 = DJ 1940, 518

57) Frohwein, DFG 1938, 105

Diese Konstruktion des Kammergerichts ist überzeugend [58]. Zu Recht weist es darauf hin, daß eine Vertretung der Erbengemeinschaft als solcher nicht in Frage kommt, da sie weder juristische Person noch nach Art einer solchen organisiert ist. Wie auch der BGH [59] richtig betont, muß der Prokurist aber vom Inhaber des Handelsgeschäfts bestellt werden. Als Inhaber findet sich beim einzelkaufmännischen Unternehmen der Einzelkaufmann, bei der OHG zwar eine Mehrheit von Gesellschaftern, aber hier wird nach außen fingiert, die OHG selbst sei Inhaberin des vollkaufmännischen Unternehmens. Diese Zusammenfassung zu einer einheitlichen Person im Außenverhältnis fehlt bei der Erbengemeinschaft. Hier kann nicht "der" Inhaber die Prokura erteilen, sondern die mehreren Inhaber können nur jeder für seinen Anteil eine Vollmacht geben und widerrufen. Die mehreren Inhaber stehen aber nicht getrennt nebeneinander, sondern sie sind gesamthänderisch miteinander verbunden. Diese Bindung fügt die "Teilprokuren" zur vollen Prokura zusammen. Jeder einzelne Miterbe bringt so viel Rechtsmacht mit, wie er in Verbindung mit den anderen Gesamthändern hat.

Gegen die Erteilung einer Prokura an einen Dritten kann nicht mit Fischer [60] vorgebracht werden, aus der rechtlichen Natur der Erbengemeinschaft folge, daß immer jeder einzelne Miterbe die Vertretungsbefugnis für seine Person entziehen könne, ohne damit die Vertretungsbefugnis des Dritten für alle übrigen Miterben antasten zu können. Hierin sei eine persönliche Beschränkung des Prokurenumfangs zu sehen. Diese Argumentation übersieht, daß der Dritte, wenn ihm von einem einzigen Miterben die Vertretungsbefugnis entzogen wird, nicht mehr Prokurist aller, sondern nur noch Vertreter der einzelnen übrigen Miterben ist. Eine volle Prokura kann nach der hier vertretenen Auffassung aber gerade nur dann angenommen werden, wenn sie sich aus den "Teilprokuren" sämtlicher, gesamthänderisch verbundener Miterben zusammensetzt.

Die Möglichkeit, daß die Miterben einen Dritten als Prokuristen berufen können, läßt gleichwohl nicht das Urteil zu, damit sei die Erbengemeinschaft zur Teil-

---

58) Bedenken meldete das Kammergericht gegen die Erteilung einer Prokura an Dritte in seiner Entscheidung vom 12.1.1939 (abgedruckt in JW 39, 565) an. Es weist darauf hin, daß die Erbengemeinschaft zum Auftreten im Handelsverkehr ungeeignet ist und es im Interesse der Durchführung des Handelsverkehrs liegt, durch die auftauchenden Schwierigkeiten die Erben zur Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine Handelsgesellschaft zu zwingen. Vgl. neuerdings auch Fischer in LM § 27 HGB Nr. 2. Das ist aber kein juristisches Argument, sondern stellt nur die Zulässigkeit der Erteilung einer Prokura an Dritte in Frage.

59) BGHZ, aaO., Fußnote 50

60) Fischer, LM § 27 HGB Nr. 2

nahme am Handelsverkehr befähigt, stellt es doch einen entscheidenden Mangel dar, wenn die Erbengemeinschaft allein durch einen Prokuristen ohne umständliches Verfahren nach außen hin auftreten kann. Hinzu kommt, daß die Vertretung durch einen Prokuristen in einigen Fällen schon daran scheitern wird, daß das Handelsgeschäft nicht den Umfang besitzt, der wirtschaftlich die Bestellung eines Dritten zum Prokuristen rechtfertigen würde [61].

f) Die Testamentsvollstreckung

Abschließend soll noch untersucht werden, ob für die Miterben gemeinsam ein Testamentsvollstrecker (TV) ernannt werden kann, der das Handelsgeschäft weiterbetreiben könnte.

Die einfachste Lösung wäre, wenn der TV kraft seines Amtes das Handelsgeschäft verwalten und fortführen könnte. Hierbei ergeben sich aber Schwierigkeiten haftungsrechtlicher Art. Nach den Grundsätzen des Handelsrechts, denen gemäß § 2 EG HGB der Vorrang vor den Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechts gebührt, haftet der Inhaber einer Einzelfirma unbeschränkt. Nach Erbrecht (§ 2206 BGB) kann hingegen der TV nur Verbindlichkeiten für den Nachlaß eingehen und kann nicht verhindern, daß die Erben die Beschränkung ihrer Haftung auf den Nachlaß herbeiführen. Damit könnte, würde man den TV kraft seines Amtes das Handelsgeschäft fortführen lassen, eine im Gesetz nicht vorgesehene Rechtsform für eine Handelsfirma mit beschränkter Haftung durch den Erblasser geschaffen werden. Dies wird aber von unserem Recht verboten. Daher kann nach allgemeiner Ansicht der TV in dieser Eigenschaft und kraft seines Amtes das Handelsgeschäft nicht fortführen [62].

In der Rechtsprechung und im Schrifttum findet sich nun der Ausweg, den TV das Handelsgeschäft (soweit letztwillige Anordnungen des Erblassers nicht entgegenstehen) im eigenen Namen und unter persönlicher Haftung als Treuhänder für

---

61) Dies bestätigen die Eintragungen in den Handelsregistern der AGe Nürnberg und Fürth. Nur in etwa 10 % der Fälle der Fortführung eines Handelsgeschäfts war oder wurde ein Prokurist bestellt.

62) RGZ 132, 138 ff; BGHZ 12, 100 ff; Bondi, JW 1931, 3073, Anm.; Hueck, ZHR 108, 31; Heintzenberg, S. 51; Dempewolf, Betrieb 1955, 889; KG JW 1937, 2599; anders wohl noch Bondi, DJZ 23, 563; Staudinger-Dittmann, Vorb. 65 z. § 2197 BGB; Schlegelberger-Hildebrandt, Anm. 8 zu § 22 HGB. Anders Baur, Testamentsvollstrecker, S. 259 ff. Er stellt aber bei seinen Argumenten allein auf die Haftungsfrage ab - wobei m. E. der Gläubigerschutz mehr in den Vordergrund zu stellen wäre - und übersieht, daß auch zu fragen ist, ob einer derartigen Unternehmungsform nicht der Typenzwang im Gesellschaftsrecht entgegensteht, was zu bejahen ist.

Rechnung der Erben betreiben zu lassen [63]. Offen läßt die herrschende Lehre, ob es sich lediglich um eine Verwaltungstreuhand oder um eine treuhänderische Vollübertragung handeln soll. Wer eine Verwaltungstreuhand bejaht, muß sich einmal damit abfinden, daß der Firmeninhaber nicht Eigentümer des Firmenvermögens ist. Einschneidender dürfte sein, daß für die alten Geschäftsverbindlichkeiten nach dem Wortlaut des § 27 HGB weder die Erben noch der TV haften. Schließlich scheidet wohl auch die persönliche Haftung des TV für neue Geschäftsverbindlichkeiten aus, da bei einer Verwaltungstreuhand in aller Regel nur die Haftung mit dem verwalteten Vermögen angenommen wird. Ebenso bestehen Bedenken gegen eine fiduziarische Vollübertragung. Eine solche widerspricht im Regelfall schon den Vorstellungen und dem Willen des Erblassers. Weitere Probleme tauchen auf bei der Frage, wie die Übertragung durchgeführt werden soll, bei der Haftung (§ 27 HGB) und der selbständigen Unternehmerstellung des TV [64]. Darüber hinaus dürfte sich kein TV finden, der das Risiko der persönlichen Haftung zu Gunsten Dritter auf sich nehmen wird.

Daß letzteres Bedenken zutrifft, haben auch Rechtsprechung und Literatur bald erkannt. Die Lösung des Problems wird darin gefunden, daß es für rechtlich zulässig angesehen wird, wenn der TV wie jeder andere Bevollmächtigte das Geschäft unter dem Namen der Miterben und deren persönlicher Haftung führt [65]. In diesem Falle werden die Miterben als Inhaber ins Handelsregister eingetragen. Die Eintragung des TV, der ja nur Bevollmächtigter wie jeder andere Generalbevollmächtigte ist, muß dagegen unterbleiben [66]. Da der TV grundsätzlich nur die Befugnis hat, Verpflichtungen für den Nachlaß einzugehen, müssen ihn die Erben dazu bevollmächtigen, ihre persönliche Haftung herbeizuführen [67]. Hierzu kann der Erblasser die Erben durch eine Auflage oder Bedingung verpflichten und der TV kann von denselben die Vollziehung der Bedingung oder Auflage verlangen [68] (§§ 2208, Abs. 2 und 2194 BGB).

---

63) RGZ 132; BGHZ 12, 102; KG JW 1936, 1137; JFG 18, 428 ff u. HRR 1939, Nr. 10; OLG Dresden, JFG 5, 217; OLG München, JFG 14, 428; Hueck, ZHR 108, 18; Lenz, DNotZ 39, 320; Staudinger-Dittmann, Vorb. 65 zu § 2197 BGB; Kregel in RGR-Komm. Anm. 7 zu § 2205 BGB; Heintzenberg, S. 51; dagegen: Goldschmidt II, JW 1931, 3058, 59

64) Zu all diesen Schwierigkeiten vgl. Baur, Testamentsvollstr. mit weiteren Literaturnachweisen, der erstmals den Unterschied zwischen Verwaltungstreuhand und fiduziarischer Vollübertragung herausgearbeitet hat.

65) BGHZ 12, 102 ff; Kipp-Coing, a. a. O., § 68, I 2b, S. 289; Donner, DNotZ 1944 145; Johannsen, LM § 2216 BGB Nr. 1; Kregel, RGR-Komm. z. BGB, Anm. 7 zu § 2205; Hueck, ZHR 108, 29; Schlegelberger-Hildebrandt, Anm. 8 zu § 22 HGB

66) RGZ 132, 138; BGHZ 12, 102; KG JW 36, 1137; 1937, 2599; 1939, 104; OLG Dresden JFG 5, 217; vgl. auch Groschuff, JW 38, 1361

67) Hueck, ZHR 108, 29 und Kipp-Coing, a. a. O. wie FN 65

68) RGZ 172, 199 (205, 207)

Nimmt man mit der Mehrheit in der Literatur [69] an, daß bei dieser Konstruktion der TV nur Bevollmächtigter der Miterben ist, so ist damit allerdings für die rechtliche Ausgestaltung der Vertretung nichts gewonnen. Wie bei jedem beliebigen Dritten als Generalbevollmächtigten könnten die Miterben auch hier die Geschäfte immer selbst und anders ausführen. Die Repräsentation kann gleichfalls nicht im Handelsregister eingetragen werden, und zu guter Letzt kann jeder einzelne Miterbe jederzeit die Vollmacht widerrufen. Sofern die Erben durch Auflage oder Bedingung verpflichtet sind, dem TV Vollmacht zu erteilen, verstößt ein Widerruf allerdings gegen diese Anordnung, was dem Geschäftspartner, der mit dem insoweit nicht vertretungsberechtigten TV abgeschlossen hat, aber nichts hilft.

Nach Auffassung des BGH [70] handelt der TV allerdings in erster Linie kraft seines Amtes, und nur soweit dies nicht ausreicht, muß er seine Vertretungsmacht von den Erben ableiten. Mit Baur [71] läßt sich dagegen einwenden, daß dogmatisch die Institution eines unabhängigen, eigenverantwortlichen, privaten Testamentsvollstreckeramtes mit der Stellung des TV als eines Bevollmächtigten nicht vereinbar erscheint. Weiter bestehen Bedenken gegen die Verpflichtung der Erben, dem TV die Vollmacht zu erteilen, werden die Erben doch hierdurch vor die Wahl gestellt, entweder die Erbschaft auszuschlagen oder eine von ihnen unabhängige und nicht weisungsgebundene Person hinsichtlich ihres gesamten Vermögens zu bevollmächtigen. Hier besteht in Wahrheit eine freie Willensentscheidung nicht mehr. Die Vollmachtserteilung dürfte deshalb wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein [72]. Probleme ergeben sich auch bei der Frage, wonach sich Art, Umfang und Inhalt der Vollmacht bestimmen. Die Prokura scheidet aus, da sie jederzeit widerruflich zu sein hat (§ 52, I HGB). Es bleibt nur die Erteilung einer Generalhandlungsvollmacht (§ 54 HGB), die jedoch gerade für wichtige Geschäfte beschränkt ist und die Erben nicht verpflichtet sein dürften, von vorneherein generell eine Ermächtigung zur Vornahme solcher Geschäfte zu erteilen. Schließlich ergeben sich Schwierigkeiten aus dem "Innenverhältnis" zwischen Erben und dem Testamentsvollstrecker. Soll hier das Recht der Testamentsvollstreckung gelten oder ein allgemeines Geschäftsbesorgungsverhältnis angenommen werden [73]?

Das Institut der Testamentsvollstreckung erscheint damit wenig geeignet, als eine rechtlich und wirtschaftlich einigermaßen vernünftige Vertretung angesehen wer-

---

69) Heintzenberg, S. 51; Hueck, ZHR 108, 29; Staudinger-Dittmann, Vorb.z. § 2197 BGB; Kregel in RGR-Komm. z. BGB, Anm. 7 zu § 2205; Kipp-Coing, aaO., § 68, I, 2 b, S. 289

70) BGH, a. a. O.

71) Baur, Testamentsvollstrecker, S. 257

72) Baur, a. a. O., S. 258 mit weiteren Literaturnachweisen

73) Vgl. hierzu und zu den übrigen Schwierigkeiten Baur, a. a. O., S. 258

den zu können. Es muß bei der Feststellung bleiben, daß sich die Erbengemeinschaft auch im Hinblick auf die rechtliche Ausgestaltung der Vertretung nicht für den Betrieb eines ererbten Handelsgeschäfts eignet [74].

3. Geschäftsführung

a) Die handelsrechtlichen Grundsätze zur Geschäftsführung

Der Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens und der Handelsverkehr setzen selbst bei der Ausgestaltung der Geschäftsführung gewisse Mindestbedingungen voraus. Es sollen die geeigneten Persönlichkeiten schnell Entschlüsse fassen und vor allem diese in die Tat umsetzen können. Dies gebieten nicht nur die Interessen des Betriebs selbst und der Miterben als dessen Inhaber, sondern ebenso die Belange der Geschäftspartner. Für sie ist es wichtig, einen entschlußfreudigen und -kräftigen Partner zu haben [75]. Bei der OHG sind dementsprechend grundsätzlich alle Gesellschafter, und zwar jeder für sich allein, zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet (§§ 114, 115 HGB).

b) Die Ausgestaltung der Geschäftsführung einer Erbengemeinschaft nach dem BGB

Sucht man die Regelung der Geschäftsführung bei der Erbengemeinschaft, finden wir, wie bei der Vertretung, daß das Erbrecht nur den Begriff Verwaltung kennt. Legt man die Bestimmungen über die Verwaltung der Betrachtung zu Grunde, so steht die Geschäftsführung den Erben im Gegensatz zur OHG grundsätzlich gemeinschaftlich zu (§ 2038, Abs. 1, S. 1 BGB). Die ordnungsgemäße Verwaltung kann durch Mehrheitsbeschluß geregelt werden (§ 2038, Abs. 2, S. 1; § 745 BGB) und jeder Miterbe ist gegenüber den anderen zu einer solchen verpflichtet.

Eine wesentliche [76] Veränderung des Nachlasses kann immer nur einstimmig beschlossen werden (§ 2038, Abs. 3, S. 1; § 745, Abs. 3, S. 1 BGB). Dagegen kann jeder einzelne Miterbe die zur Erhaltung des Nachlasses notwendigen Maßnahmen[77]

---

74) Bartholomeyczik (4. Denkschrift, AkDR S. 191) spricht von einer Handlungsunfähigkeit der Erbengemeinschaft nach außen.

75) Heintzenberg, S. 42; Bunge, ZAkDR 1940, 193; Dür.-Hachenburg-Flechtheim, Anm. 18 zu § 105 HGB

76) Zum Begriff "wesentliche Veränderung" vgl. Heintzenberg, S. 45 und BayObLG in Recht, 1908, Nr. 2662

77) Vgl. Aufzählung derartiger Maßnahmen bei Heintzenberg, S. 42, 43; weitere Beispiele OLG Düsseldorf, MDR 47, 289; vgl. insgesamt BGHZ 6, 76 ff

ohne Mitwirkung der anderen treffen [78]. Diese Befugnis kann, wie überhaupt die Geschäftsbefugnis, den einzelnen Miterben nicht entzogen werden. Eine analoge Anwendung des § 117 HGB verbietet sich, da die Zielsetzung beider Fälle ungleich ist. Während es sich bei der OHG um einen freiwilligen Zusammenschluß mehrerer Personen handelt, wird den Erben die Erbengemeinschaft kraft Gesetzes aufgezwungen [79].

c) Die Mängel der rechtlichen Ausgestaltung der Geschäftsführung

Daß eine derartige, grundsätzlich gemeinschaftliche Geschäftsführung in keiner Weise den Erfordernissen des Handelsverkehrs entspricht, zeigt schon der Vergleich mit der Offenen Handelsgesellschaft. Dort bedarf es der Beschlußfassung nur zu außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen und sonstigen grundlegenden Fragen [80]. Es ist leicht vorzustellen, wie langwierig und umständlich ein solches Beschlußverfahren bei der Erbengemeinschaft werden kann. Hier nutzt die Möglichkeit, eine ordnungsgemäße Verwaltung durch Mehrheitsbeschluß zu regeln und die gesetzliche Pflicht der Miterben, hierbei mitzuwirken, kaum etwas, besteht doch immer die Möglichkeit, daß einer der Erben die Ordnungsmäßigkeit der Verwaltungsmaßnahme verneint und die Mehrheit erst ein gerichtliches Urteil erstreiten muß, um den gefaßten Beschluß nach außen umsetzen zu können [81]. Diese Schwierigkeiten werden durch das Notgeschäftsführungsrecht des einzelnen Miterben wenig gemildert. Auch hier besteht einmal die Möglichkeit, daß ein anderer Miterbe bestreitet, daß es sich um eine zur Erhaltung des Nachlasses notwendige Maßnahme gehandelt hat und gleichfalls eine gerichtliche Klärung dieser Frage notwendig wird; zum anderen hilft die Vorschrift nur bei notwendigen, nicht aber bei nur nützlichen Maßnahmen [82], auf die sich aber ein Großteil der Geschäftsführung beziehen wird.

Eine Geschäftsführung, die derart umständlich und zeitraubend ist, genügt keineswegs den Anforderungen, die Handelsverkehr und Betrieb selbst stellen [83].

---

78) Vgl. zur Geschäftsführung insgesamt: Staudinger-Lehmann, Anm. 3 ff zu § 2038 BGB; Soergel-Siebert = Ehard-Eder, Anm. 1 ff zu § 2038 BGB; Erman-Bartholomeyczik, Anm. 1a zu § 2038 BGB; Kregel in RGR-Komm. z. BGB, Anm. 1 ff zu § 2038

79) Hochgräbe, S. 46; Heintzenberg, S. 45

80) Vgl. die Einzelfälle bei Baumb.-Duden, Anm. 1 A zu § 119 HGB

81) Heintzenberg, S. 45; Erman-Bartholomeyczik, Anm. 5 zu § 2038 BGB, BGHZ 6, 76; KG OLG Rspr. 37, 252; Staudinger-Lehmann, Anm. 3 zu § 2038 BGB

82) Staudinger-Lehmann, Anm. 12 zu § 2038 BGB

83) Heintzenberg, S. 43; Bunge, ZAkDR 1940, 193; Bartholomeyczik, 4. Denkschrift AkDR, S. 135; Geineder, S. 25

4. Sonstige Schwierigkeiten

a) Tod eines Miterben

Weitere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn einer der Miterben unter Hinterlassung mehrerer Erben stirbt. Eine Auflösung der Erbengemeinschaft tritt mit dem Tod eines Miterben nicht ein. In dessen Nachlaß fällt damit sein Anteil an der Miterbengemeinschaft. Die neue Erbengemeinschaft tritt an seiner Stelle in die ursprüngliche Erbengemeinschaft und damit auch in das Handelsgeschäft ein [84]. Es werden die Mitglieder der zweiten Gemeinschaft als solche Mitglieder der ersten Gemeinschaft, allerdings als gesamthänderisch verbundene Personenmehrheit. Soweit überblickt werden kann, wurden in Rechtsprechung und Literatur die Probleme, die durch die Verbindung zweier Erbengemeinschaften für die Erbengemeinschaft, die ein Handelsgeschäft betreibt, entstehen, noch nicht behandelt. In einem Beschluß des Kammergerichts vom 16.1.1908 [85] findet sich lediglich der lapidare Satz: "Die gleichen Grundsätze (nämlich die hinsichtlich der Vertretung) gelten nicht bloß für die unmittelbaren Erben des Firmeninhabers, sondern auch für eine Gemeinschaft von Erben und Erbeserben." Ob dieser Grundsatz den einzelnen Problemen gerecht wird, wurde nicht überprüft.

aa) Dabei ergeben sich schon bei der von der herrschenden Lehre in den Vordergrund gestellten Haftung einige Unebenheiten, wird man der neu entstandenen Erbengemeinschaft doch entsprechend § 27, Abs. 2 HGB gleichfalls die Möglichkeit zugestehen müssen, sich während dreier Monate zu überlegen, ob sie mit den ursprünglichen Erben das Handelsgeschäft betreiben will [86]. Während dieses Zeitraum sind die Geschäftsgläubiger im Ungewissen, ob ihnen die Erben des verstorbenen Miterben persönlich haften, oder ob sie nur auf den Nachlaß, d.h. auf den dazugehörigen Geschäftsanteil, zurückgreifen können. Lehnt die "Anteilserbengemeinschaft" die Fortführung ab, so hat dies die weitere Konsequenz, daß das Handelsgeschäft eingestellt werden muß. Zur Einwilligung in die Fortführung des Handelsgeschäfts kann die neue Miterbengemeinschaft selbst durch einen sonst auch sie bindenden Mehrheitsbeschluß der alten Erbengemeinschaft nicht gezwungen werden, weil für ihre Mitglieder damit die unbeschränkte persönliche Haftung verbunden ist [87].

84) Heintzenberg, S. 72; Kipp-Coing, a.a.O., § 116, II, 3 S. 489; Staudinger-Lehmann, Anm. 4 zu § 2033 BGB; RGZ 162, 397

85) KGJ 35, A 153

86) Dür.-Hachenburg-Hoeniger, Anm. 11 zu § 27 HGB

87) Zum Mehrheitsbeschluß vgl. Staudinger-Lehmann, Anm. 13 zu § 2038 BGB; Kregel in RGR-Komm. z. BGB, Anm. 8 zu § 2038; Erman-Bartholomeyczik, Anm. 5 zu § 2038 BGB.
Hinsichtlich der Ausnahme vgl. Kregel in RGR-Komm. z. BGB, Anm. 8 zu § 2038; RGZ 132, 143

Daß ein derartiges Ergebnis nicht nur den Interessen der Geschäftsgläubiger, sondern vor allem denjenigen der unmittelbaren Erben des Firmeninhabers widerstreitet, ergibt sich aus den obigen Ausführungen von selbst.

bb) Kann die Regelung der Vertretung den Anforderungen des Handelsrechts schon bei einer gewöhnlichen Erbengemeinschaft nicht genügen, so werden die Schwierigkeiten bei der Verbindung zweier Gemeinschaften unüberbrückbar. Man muß sich nur vorstellen, daß zu jeder das Handelsgeschäft verpflichtenden Maßnahme einmal die ursprünglichen Miterben zustimmen, zum anderen aber auch die Erben des Verstorbenen ihr Einverständnis erklären müssen. Weiter wurde bereits darauf hingewiesen, daß selbst die herrschende Lehre als eintragungsfähige Vertretung nur die Prokura eines an der Erbengemeinschaft unbeteiligten Dritten kennt.

cc) Die Schwierigkeiten, die bei der Geschäftsführung auftauchen, macht man sich am besten daran deutlich, daß grundsätzlich für jede Geschäftsmaßnahme die Beschlußfassung zweier Erbengemeinschaften notwendig wird. Das Ergebnis wird nur wenig dadurch abgeschwächt, daß selbstverständlich die Erbenmehrheit der ursprünglichen Erbengemeinschaft den Mitgliedern der neuen Gemeinschaft eine ordnungsgemäße Verwaltung aufzwingen kann, sofern nicht letztere die Mehrheit besitzt. Doch auch in diesem Falle kann jeder Miterbe der neuen Erbengemeinschaft die Ordnungsmäßigkeit der geplanten Verwaltungsmaßnahme bestreiten und der Mehrheit so einen unter Umständen langwierigen Rechtsstreit aufzwingen.

dd) Theoretisch ließe sich die Problematik bis ins Endlose fortsetzen, ginge man davon aus, daß während der Dauer der ursprünglichen Erbengemeinschaft nicht nur ein, sondern mehrere Miterben sterben würden, und von den Erben der Verstorbenen gleichfalls wieder einige unter Hinterlassung mehrerer Erben durch ihren Tod aus der Gemeinschaft ausscheiden würden. Daß derartige Exempel nicht nur der Theorie angehören müssen, folgt schon daraus, daß eine Erbengemeinschaft dreißig Jahre und länger bestehen kann (§ 2044 BGB). Diese Ausführungen dürften deutlich gemacht haben, daß die Erbengemeinschaft gerade im Hinblick auf den Tod eines oder mehrerer Erben als Rechtsform zur Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts ungeeignet ist.

b) Verfügung über den Anteil am Nachlaß

Das Erbrecht erlaubt jedem Miterben, über seinen Anteil am Nachlaß zu verfügen. Gehört zu dem Nachlaß ein Handelsgeschäft und wird dieses von der Erbengemeinschaft fortgeführt, so kann der einzelne Erbe durch Verfügung über seinen

Nachlaßanteil seinen ideellen Anteil [88] an dem Handelsgeschäft veräußern. In der Verfügung über seinen Nachlaßanteil kann der Miterbe weder durch eine Auflage des Erblassers noch durch eine Vereinbarung der übrigen Miterben oder durch Anordnung einer Testamentsvollstreckung beschränkt werden [89]. Auch nach der Verfügung bleibt der Miterbe im rechtstechnischen Sinne Erbe, obwohl der Anteilserwerber in dessen volle Rechtsstellung als Teilhaber der Gemeinschaft eintritt [90].

Die Interessen der Geschäftsgläubiger verbieten eine solche Regelung zwar nicht, haftet doch der veräußernde Miterbe neben dem Anteilserwerber weiter [91] (§§ 2036, 2382, 2383 BGB).

Das Verfügungsrecht des einzelnen Miterben paßt aber schon hinsichtlich seines Zweckes nicht für eine Erbengemeinschaft, die ein Handelsgeschäft betreibt. Absicht der Vorschrift des § 2033 BGB ist es, die starke Bindung, die sich aus der Unterstellung der Erbengemeinschaft unter das Gesamthandsprinzip ergibt, zu Gunsten der einzelnen Miterben zu lockern [92]. Für die gewöhnliche Erbengemeinschaft mag diese Zielsetzung zutreffend sein, für eine Erbengemeinschaft, die ein Handelsgeschäft betreibt, wäre eine Regelung, die den Ausschluß der Verfügungsbefugnis über den Nachlaßanteil durch Vereinbarung der Miterben zuließe, wesentlich vorteilhafter.

Größere Schäden für das ererbte Handelsgeschäft können mit der Bestimmung des § 2033 BGB vor allem deshalb angerichtet werden, weil sie die Möglichkeit eröffnet, der Erbengemeinschaft jeden beliebigen Dritten als Teilhaber aufzudrängen [93]. Gerade bei einer Erbengemeinschaft, die ein Handelsgeschäft betreibt, handelt es sich zumeist um ein Familienunternehmen, das ähnlich wie eine OHG wesentlich

---

88) Vgl. zu der hier nicht interessierenden Frage eines Anteils des Miterben an den einzelnen Nachlaßgegenständen Staudinger-Lehmann, Anm. 6 ff zu § 2032 BGB mit ausführlichen Literaturhinweisen.

89) Erman-Bartholomeyczik, Anm. 1a zu § 2033 BGB; Staudinger-Lehmann, Anm. 2 zu § 2033 BGB; RG Warn. 1915 Nr. 292 und JW 1915, 245

90) Geineder, S. 28 ff; Kipp-Coing, a. a. O., § 114, V, 1 ff, S. 482; Staudinger-Lehmann, Anm. 19 zu § 2033 BGB; vgl. auch Wendt, AcP 89, 420

91) RGZ 60, 131; Soergel-Siebert = Ehard-Eder, Anm. 4 zu § 2033 BGB; Kreß, S. 179

92) Planck-Ebbecke, Anm. 1 zu § 2033 BGB; Staudinger-Lehmann, Anm. 1 zu § 2033 BGB

93) Das Vorkaufsrecht der übrigen Miterben (§ 2034 BGB) wird nur dann zum Zuge kommen, wenn diese finanziell in der Lage sind, dieses Recht auszuüben, was nicht die Regel ist; dies vor allem dann nicht, wenn es sich um einen großen Erbanteil handelt, wobei gerade hier die Ausübung des Vorkaufsrechts besonders wichtig wäre, vgl. Heintzenberg, S. 77

auf der Vertrauensbasis der Mitglieder beruht. Dieses Vertrauensverhältnis wird durch die Aufnahme eines außerhalb der Familie stehenden Dritten empfindlich gestört, zumal der Dritte als ein kapitalistischer Teilhaber seine rein wirtschaftlichen Interessen in den Vordergrund stellen wird, die mit den "Familienerwägungen" der Erbengemeinschaft nicht immer übereinstimmen werden und deshalb zu das Handelsgeschäft schädigenden Auseinandersetzungen führen können [94].

c) Nachlaßkonkurs - Konkurs über das Eigenvermögen eines Miterben

aa) Nachlaßkonkurs

Selbst aus der gesetzlichen Regelung des Nachlaßkonkurses ergeben sich Schwierigkeiten für den Betrieb eines Handelsgeschäfts in der Rechtsform einer Erbengemeinschaft. Gemäß § 215 KO findet die Eröffnung des Konkursverfahrens über ein Nachlaßvermögen schon bei Überschuldung statt, während die allgemeinen Bestimmungen (§ 102 KO) die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners voraussetzen. Diese Abweichung vom allgemeinen Recht rechtfertigt sich grundsätzlich daraus, daß das Gesetz auf die Möglichkeit einer künftigen Steigerung der Haftungsmasse beim Nachlaß keine Rücksicht zu nehmen braucht, da dieser auf die Liquidation hinzielt [95]. Doch wird diese gesetzliche Regelung dem besonderen Fall nicht gerecht, wenn zu dem Nachlaß ein durch die Erbengemeinschaft fortgeführtes Handelsunternehmen gehört, dessen Vermögenslage sich durch geschickte Geschäftsführung der Erben verbessern kann [96]. Nicht berücksichtigt ist ferner, daß die Verschuldung in einem solchen Fall gerade durch notwendige und späterhin gewinnbringende Investitionen herbeigeführt worden sein kann.

bb) Konkurs über das Eigenvermögen eines Miterben

Zu Unklarheiten führt schließlich der Konkurs über das Eigenvermögen eines Miterben. Dieser Konkurs zwingt grundsätzlich zur Auflösung der Erbengemeinschaft und damit des Handelsgeschäfts, denn das Nachlaßvermögen steht im Gesamthand-

---

94) Vgl. Planck-Ebbecke, Anm. 1 zu § 2033 BGB; Erman-Bartholomeyczik, Anm. 1b zu § 2033 BGB; Heintzenberg, S. 77. Dem steht nicht entgegen, daß bei der OHG die Veräußerlichkeit des Gesellschaftsanteiles kraft Vertrages (entgegen §§ 105, II HGB, 719, I BGB) anerkannt wird (BGHZ 24, 368). Grundsätzlich bleibt es bei der gesetzlichen Regel, daß der Anteil unübertragbar ist; ein Grundsatz, von dem das Gesetz vermutet, daß er den Interessen der Gesellschafter am ehesten gerecht wird. Bei der Erbengemeinschaft gilt aber gerade das Gegenteil.

95) Jaeger, Anm. 1 zu § 214 KO

96) Heintzenberg, S. 72

eigentum der Miterben; es kann also nur durch Auflösung und Auseinandersetzung der Anteil des Miterben seinen Gläubigern zur Verfügung gestellt werden. Nimmt man allerdings mit Heintzenberg [97] an, daß die übrigen Miterben auch in diesem Fall beschließen können, sich nur mit dem betreffenden Miterben auseinanderzusetzen [98], so ergeben sich aus dem Konkurs über das Eigenvermögen eines Miterben keine besonders schwerwiegenden Probleme.

d) Gewinnverteilung und -entnahme

Die Erträge des Unternehmens teilen als Nachlaßfrüchte die Rechtslage des Nachlasses. Sie werden Gesamtgut und unterliegen bis zum Zeitpunkt der Auseinandersetzung grundsätzlich dem Teilungsverbot des § 2038, Abs. 2, S. 2 BGB. Bei einer Erbengemeinschaft, die ein Handelsgeschäft betreibt, wird meist die Bestimmung des § 2038, Abs. 2, S. 3 BGB anzuwenden sein, wonach jeder Erbe zum Jahresschluß die Teilung des Reinertrags verlangen kann, sofern die Auseinandersetzung auf längere Zeit als ein Jahr ausgeschlossen ist. Eine solche Vereinbarung werden die Miterben, die ein Handelsgeschäft betreiben, meist stillschweigend beschließen.

Gemäß § 2038, Abs. 2, S. 1 BGB i. V. m. § 743, Abs. 1 BGB hat diese Verteilung des Reinertrags nach den Erbanteilen zu erfolgen. Wird ein Reinertrag in einem Geschäftsjahr nicht erzielt, so steht den Miterben im Gegensatz zum OHG-Recht (§ 122 HGB) ein Entnahmerecht nicht zu. Dies kann insbesondere dann zu Härten führen, wenn einer der Miterben seine volle Arbeitskraft in den Dienst des von der Erbengemeinschaft betriebenen Handelsunternehmens stellt. Eine analoge Anwendung des Entnahmerechts der OHG-Gesellschafter (§ 122, Abs. 1 HGB) scheitert neben haftungsrechtlichen Gesichtspunkten mit daran, daß eine solche Entnahme die Substanz des Nachlasses angreifen würde und daher u. U. als Nachlaßteilung angesehen werden müßte. Dies hätte aber zur Folge, daß das Handelsgeschäft nach der herrschenden Lehre entweder aufgegeben oder in eine andere Gesellschaftsform übergeführt werden müßte [99].

Schwierigkeiten, die allerdings durch die bestehende Formularpraxis gemildert werden, tauchen insbesondere dann auf, wenn einer der Miterben den auf ihn entfallenden Anteil am Reinertrag nicht entnimmt, sondern dem Nachlaß beläßt. Nach erbrechtlicher Regelung erhöht sich sein Erbanteil um diesen Betrag nicht. Dieser

---

97) Heintzenberg, S. 73

98) Diese Auffassung befindet sich im Einklang mit KG JFG 19, 82 = DNotZ 1939, 272, das zuläßt, daß das Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns durch eine Erbengemeinschaft auch dann noch fortgeführt werden kann, wenn aus ihr ein Miterbe ausgeschieden ist.

99) Hochgräbe, S. 48; Heintzenberg, S. 62

bestimmt sich weiterhin nach der ursprünglichen Erbquote, und auch die zukünftige Gewinnverteilung richtet sich nach dieser Quote. Dies widerspricht handelsrechtlichen Grundsätzen, wie die Bestimmung des § 120, Abs. 2 HGB zeigt; wer Kapital in einem Handelsunternehmen arbeiten läßt, will und muß auch entsprechend am Unternehmensgewinn beteiligt sein.

Hochgräbe [100] will das Problem über eine entsprechende Anwendung des § 120, Abs. 2 HGB gelöst wissen. Zur Begründung führt er an, daß die gleiche Problemlage gegeben sei. Auch stelle seine Lösung keine unzulässige Umgehung erbrechtlicher Vorschriften dar. Diese Frage sei nämlich im Erbrecht überhaupt nicht geregelt worden.

Mit Recht hält Heintzenberg [101] der Auffassung Hochgräbes entgegen, daß die Frage im Erbrecht geregelt worden sei, und zwar im negativen Sinne. Das Erbrecht kenne keinen Kapitalanteil nach Art des OHG-Rechts. Die Verteilung des Reinertrags sei deshalb auch nicht lediglich eine rein buchmäßige Zuweisung des ermittelten Gewinnes, sondern unterliege der realen Teilung. Die Ansicht Hochgräbes läßt sich weiterhin nicht mit der gesetzlichen Zielsetzung der Früchteteilung vereinbaren. Die Verteilung der Früchte soll grundsätzlich erst bei der Auseinandersetzung erfolgen. Damit soll der Gefahr vorgebeugt werden, daß ein Miterbe mit Nachlaßfrüchten bedacht wird, während sich sodann bei der Auseinandersetzung herausstellt, daß ihm aus dem Nachlaß, etwa im Hinblick auf ausgleichungspflichtige Vorempfänge, nichts zukommt [102]. Die Ausnahmebestimmung des § 2038, Abs. 2, S. 3 HGB ist allein dazu da, um Härten zu vermeiden. Aus ihr läßt sich deshalb nicht ein völlig abweichender Verteilungsschlüssel für die Erbauseinandersetzung herleiten, was die analoge Anwendung des § 120, Abs. 2 HGB bedeuten würde. Zudem könnte, worauf Heintzenberg gleichfalls zutreffend hinweist, eine derartige Verteilung des Reingewinns als Abschluß eines OHG-Gesellschaftsvertrages angesehen werden, was wohl nicht im Sinne der herrschenden Lehre liegen dürfte [103].

5. Zusammenfassung

Als Ergebnis der Untersuchung der rechtlichen Möglichkeit, ein ererbtes Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns in Verwaltung des Nachlasses durch die Erbengemeinschaft fortzuführen, läßt sich festhalten, daß die Auffassung der herrschenden Lehre nicht zutrifft, die haftungsrechtliche Ausgestaltung der Erbengemeinschaft

100) Hochgräbe, S. 50 ff
101) Heintzenberg, S. 63 ff
102) RGZ 81, 241 (243); Prot. z. BGB, Band V, S. 681
103) Vgl. RG in LZ 1912, 157

gewährleiste eine Haftung, die dem handelsrechtlichen Grundsatz des uneingeschränkten Einstehenmüssens für Verbindlichkeiten mit Geschäfts- und Eigenvermögen entspreche.

Im einzelnen sei auf die Probleme verwiesen, die bei der Haftung für nicht in ordnungsgemäßer Verwaltung eingegangene Verbindlichkeiten und für unerlaubte Handlungen entstehen. Vertretung und Geschäftsführung haben sich als äußerst schwerfällig und als keineswegs den Erfordernissen des Geschäftsverkehrs entsprechend herausgestellt. Mehr oder minder große Schwierigkeiten für den Betrieb eines Handelsgeschäfts durch eine Erbengemeinschaft zeigen sich beim Tod und Konkurs eines Miterben, bei der Verfügung über den Nachlaßanteil, beim Nachlaßkonkurs sowie bei der Gewinnfeststellung und -entnahme.

All diese Gesichtspunkte zwingen im Gegensatz zur herrschenden Lehre zu dem Schluß, daß die Erbengemeinschaft hinsichtlich ihrer rechtlichen Ausgestaltung zum Betrieb eines Handelsgeschäfts nicht tauglich ist.

II. Kritik der These von der rechtlichen Möglichkeit, ein Handelsgeschäft in einer nicht im Gesetz vorgesehenen Rechtsform zu betreiben

1) Auf Grund der Typenfreiheit im Gesellschaftsrecht

Wie bei der Darlegung der herrschenden Lehre gezeigt wurde, wird von ihr zum Teil die These aufgestellt, die Gesellschaftstypen des Handelsrechts seien nicht derart abschließend aufgezählt, daß es unzulässig wäre, in anderer Rechtsform ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe zu betreiben. Diese Meinung besteht dann zu Recht, wenn es im Gesellschaftsrecht des Handelsrechts eine derart weitgehende Typenfreiheit gibt.

Die Typisierung an sich ist ein rechtstechnisches Mittel, um die komplexen Erscheinungen des sozialen Lebens zu erfassen. Soweit das Recht nachsichern will, muß es, um eine abstrakte Regel geben zu können, den Lebensverhältnissen die allgemeinen durchschnittlichen Regeln absehen.[104]

In der Normbildung können die so gewonnenen "Wirklichkeitstypen" [105] als Rechts-

---

104) Betti in Festschr. f. Wenger, S. 250; Larenz, Methodenlehre, S. 337, 338; Wolff in Stud. Gen. 1952, 199, 201; Sauer, Methodenlehre, S. 159; Dilcher, NJW 60, 1040

105) Ausdruck zitiert nach Larenz, ebenda, S. 342

begriffe zu Klassen [106] erstarren. Dieser Vorgang ist insbesondere immer dann zu beobachten, wenn Rechtsklarheit und -sicherheit, die Leichtigkeit des Verkehrs sowie der Schutz Dritter die eindeutige Bestimmtheit verlangen, aber auch dann, wenn die Rechtssicherheit sonst eine Anknüpfung an leicht feststellbare Merkmale notwendig macht [107].

In anderen Fällen beschränkt sich der Gesetzgeber darauf, gewisse Typen der sozialen Erscheinungen zu regeln, so die Vertragstypen des Schuldrechts nach der Art der Leistungen, die Typen des Ehegüterrechts und der Personenvereinigungen. Er überläßt es der Privatautonomie, sich für den einen oder anderen Typus zu entscheiden, die Typen inhaltlich dem Einzellebensverhältnis entsprechend auszuformen oder selbst für atypische Fälle eine neue Regelung zu schaffen [108]. Hier spricht man von Typenfreiheit [109], die letztlich auf der Vertragsfreiheit fußt [110].

Eine solche Typenfreiheit kann grundsätzlich immer dreierlei Befugnisse geben: die freie Typenwahl unter den gesetzlich fixierten Typen; die inhaltliche Gestaltungsfreiheit des gewählten Typus als der Möglichkeit, den Inhalt der Regelung abweichend vom Gesetz zu formen; sowie die Freiheit zur Schaffung neuer, nicht gesetzlich fixierter Typen. Während im Schuldrecht die Typenfreiheit alle drei Möglichkeiten umfaßt [111], finden wir im Sachen- wie im Erb- und Familienrecht grundsätzlich nur noch die Freiheit der Wahl des Typus unter den gesetzlich fixierten Typen. Diese Gegensätzlichkeit erklärt sich daraus, daß sich das Schuldrecht regelmäßig ausschließlich mit den Rechtsbeziehungen der beteiligten Vertragspartner befaßt, während im Sachen-, Erb- und Familienrecht die Rechtssicherheit und der Schutz Dritter zu berücksichtigen sind.

---

106) Wolff, a. a. O. spricht, wie hier, von "Klassen", während Larenz (a. a. O., S. 343) den "offenen" dem "geschlossenen" Typus gegenüberstellt.

107) Baur, Sachenrecht, § 1, II, 1 S. 3; Westermann, Sachenrecht, § 5, II, S. 20; Kipp-Coing, a. a. O., S. 93; Wolff in Stud. Gen. 1952, S. 200

108) Wolff in Stud. Gen. 1952, 202

109) Eine einheitliche Terminologie der Typenbegriffe wie Typenfreiheit, Typenzwang, etc. hat sich in der Literatur bis jetzt nicht herausgebildet. Vgl. u. a. die verschiedenen Definitionen bei Baur, a. a. O., S. 3; Westermann, a. a. O., S. 20; Paulick, a. a. O., S. 18 ff; die Arbeit schließt sich im wesentlichen an Paulick an, Abweichungen werden gekennzeichnet.

110) Rasner, S. 43; Larenz, Schuldr. I, § 5, II, S. 41 ff u. zur Vertragsfreiheit Laufke in Festschr. f. Lehmann, S. 162 ff u. Raiser, JZ 1958, 1 ff

111) Hedemann, Schuldr., S. 215; Molitor, Schuldr. S. 83; Titze, Schuldr. S. 57; Kreß, Schuldr., S. 68 ff; Heck, Schuldr., S. 243 ff; Esser, Schuldr., S. 53 ff; Larenz, Schuldr. I, § 5, II, S. 41 ff

Betrachtet man das Recht der Personenvereinigungen auf die Verwirklichung der Typenfreiheit hinsichtlich der aufgezeigten Möglichkeiten, so lassen sich wesentliche Einschränkungen erkennen. Wir entdecken Gebilde, bei denen zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eine bestimmte Form und ein bestimmter Inhalt bindend vorgeschrieben und damit sogar die Typenwahl ausgeschlossen ist, so u. a. bei den Versicherungen, Bausparkassen und Hypothekenbanken. Bei anderen Formen besteht zwar die Freiheit in der Wahl des Typus, aber diese Wahl wird vom Vorliegen eines gesetzlich genau umschriebenen Zwecks abhängig gemacht und den Beteiligten, entscheiden sie sich für diese Form, grundsätzliche jede Gestaltungsfreiheit in Bezug auf den Inhalt versagt, wie z. B. bei der eingetragenen Genossenschaft.

Eine ähnliche Beschränkung liegt vor, wenn die Wahl des Typus das Vorhandensein eines bestimmten Zwecks verlangt, die Freiheit, den Inhalt der Form zu gestalten, aber gegeben ist.

Diese beispielhafte Aufzählung zeigt, daß, je mehr bei einer Personenvereinigung die Interessen Dritter oder der Öffentlichkeit berührt werden, die Typenfreiheit um so stärker beschränkt ist. Sie wird u. a. bei Versicherungen, Bausparkassen und Hypothekenbanken absolut eingeschränkt, während bei anderen Formen die Freiheit der Typenwahl besteht, aber die inhaltliche Gestaltungsfreiheit versagt wird. Auch hier sind die schutzwürdigen Interessen Dritter und der Allgemeinheit für die Einschränkung ausschlaggebend.

Demgegenüber stehen bei den Gesellschaftstypen des Handelsrechts die Interessen der an ihnen beteiligten Personen im Vordergrund. Gleichwohl sind auch hier die Interessen Dritter, vornehmlich der Gläubiger, zu berücksichtigen. Ebenso machen die Anforderungen der Rechtsklarheit und -sicherheit an den Geschäfts- und Handelsverkehr gewisse Beschränkungen der Gestaltungsfreiheit notwendig. Zum anderen spielt der Schutz vor sich selbst, nämlich der Laienhaftigkeit der rechtlichen Ausgestaltung, eine gewisse Rolle.

Aus den genannten Gründen hat sich der Gesetzgeber nicht nur veranlaßt gesehen, dem Handelsverkehr gewisse Typen von Gesellschaftsformen zur freien Wahl zur Verfügung zu stellen, sondern auch eine abschließende Typenwahl zu treffen, d. h., die Möglichkeit zur Schaffung neuer, im Gesetz nicht vorgesehener Typen auszuschließen [112], wobei Gesetz hier im umfassenden Sinne als Summe aller in der Rechtsordnung vorhandener Normen verstanden sein will.

---

112) Hildebrandt, DFG 1937, 153 ff; Lion, LZ 1925, Sp. 844; Locher, Handelsrecht, S. 12 u. 32; Larenz, Schuldr. I, § 5, II, S. 41 ff; Lohauß, S. 29; Paulick, a. a. O., S. 76; BGHZ 22, 244 ff; KG HRR 1936 Nr. 56 und HRR 1932 Nr. 749

Eine solche Beschränkung der Typenfreiheit gebieten auch gesellschaftsrechtliche Ordnungsprinzipien, welche der Gesetzgeber mit jedem Typus verfolgt. Die Verschiedenheit der persönlichen und sachlichen Voraussetzungen für das Zustandekommen der Formen, die Vielfalt der mit ihnen verfolgten Zwecke machen eine Einschränkung notwendig und unabdingbar [113].

In der Literatur [114] wird noch darauf hingewiesen, daß nicht anzunehmen sei, daß der Gesetzgeber sich solche Mühe gegeben hätte, die Gesellschaftsformen gemäß seiner Leitidee bis ins einzelne auszugestalten, hätte er es den Beteiligten überlassen wollen, mit Hilfe der vertraglichen Gestaltungsfreiheit die Garantien wieder vollkommen auszuschalten [115].

Damit ist festgelegt, daß die Rechtsformen, in welchen eine Personenmehrheit ein kaufmännisches Handelsunternehmen betreiben kann, im Gesetz abschließend niedergelegt sind. Die Frage, ob und in welchen Grenzen die inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei den Gesellschaften des Handelsrechts gegeben ist, interessiert hier nicht. Mit ihrer Hilfe kann die Erbengemeinschaft nicht als Rechtsform in das HGB eingeführt werden. Die Erbengemeinschaft entsteht nicht kraft vertraglicher Gestaltung der Miterben, sondern kraft Gesetzes [116].

Die Typenfreiheit, wie sie im Gesellschaftsrecht besteht, gibt mithin nicht die rechtliche Möglichkeit, die Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts zuzulassen.

---

113) Paulick, a.a.O., S. 35; Rasner, S. 43

114) Paulick, a.a.O., S. 76; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 333, 334

115) In der Rechtsprechung (BayObLG in OLG Rspr. 27, 251; KG DJZ 1913, 1500 u. KGJ 51, 122 sowie 52, 90; vgl. insbes. RGZ 105, 101 ff) und beim überwiegenden Teil der Literatur (Weipert in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 26 zu § 105 mit weiteren Literaturnachweisen; Schlegelberger-Geßler, Anm. 25 zu § 105 HGB mit Literaturangaben - vgl. übriges Schrifttum bei RGZ 105, 101 ff; Zintzen, GmbH-Rundschau 53, 23) wird allerdings die sog. GmbH u. Co. anerkannt, eine Rechtsform, die im Gesetz nicht vorgesehen ist. Richtiger Ansicht nach handelt es sich bei der GmbH u. Co. aber um eine gewohnheitsrechtliche Neuschöpfung eines Typus, so daß der Satz, daß die Rechtsform der Handelsgesellschaften im Recht selbst vorgesehen sein muß, durch die Anerkennung der GmbH u. Co. nicht widerlegt wird.

116) Die Fragestellung, ob sich eine OHG aufbauen läßt, die der Erbengemeinschaft entspricht, führt ebensowenig weiter. Hiermit wäre lediglich der Beweis erbracht, daß eine OHG, die ein vollkaufmännisches Handelsgeschäft betreibt, eine OHG ist.

2. Die §§ 22 und 27 HGB als angebliche Zulassungsnormen

Der modernere Teil der herrschenden Lehre räumt dies auch ein, glaubt aber, diese Möglichkeit unter Hinweis auf die §§ 22 und 27 HGB als Zulassungsnormen bejahen zu müssen [117].

Will man diesen Normen des Handelsrechts jene Bedeutung beimessen, wird man sich erst über ihren Inhalt klar werden müssen.

a) Die Bedeutung der §§ 22 und 27 HGB als rein firmen- bzw. haftungsrechtliche Normen

aa) Die Bedeutung des § 22 HGB

Die Bedeutung der Vorschrift des § 22 HGB liegt in der Durchbrechung des Grundsatzes der Firmenwahrheit, der das Handelsrecht beherrscht (vgl. § 18 HGB). Sinn der Bestimmung ist, den in der Firma liegenden wirtschaftlichen und ideellen Wert auch bei dem vollständigen Wechsel des oder der Inhaber zu erhalten [118]. Der § 22 HGB will demnach nicht mehr besagen, als daß das erworbene oder ererbte Handelsgeschäft unter der alten Firma weitergeführt werden kann. Er beschränkt dieses Recht insbesondere nicht auf eine bestimmte Rechtsform, in der das Handelsgeschäft fortgeführt werden müßte, d. h., der Erwerber kann die alte Firma für ein einzelkaufmännisches Unternehmen, für eine Personal-, wie für eine Kapitalgesellschaft verwenden. Hat man das erkannt, so läßt sich aus § 22 HGB niemals der Schluß ziehen, der Gesetzgeber habe mit dieser Norm die Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betrieb eines Handelsgeschäfts zugelassen.

bb) Die Bedeutung des § 27 HGB

Die Vorschriften der §§ 25-27 HGB wurden in das HGB vom 10. 5. 1897 eingefügt. Eine gesetzliche Regelung der den Geschäftsübergang betreffenden haftungsrechtlichen Fragen wurde durch das ADHGB noch nicht gegeben. Absicht der Bestimmung ist es gewesen, den in der Literatur und Rechtsprechung bestehenden Streit über die positive Schuldübernahme zu entscheiden und zu regeln [119].

Dabei wurde an die im Verkehr vielfach festzustellende Anschauung angeknüpft, die Firma ohne Rücksicht auf die Person des Inhabers als Trägerin der durch den

---

117) Vgl. Fußnote 30 (§ 2)

118) Denkschrift, S. 32 = Hahn-Mudgan, S. 215; Kommissionsbericht in Hahn-Mudgan, S. 543; Schlegelberger-Hildebrandt, Anm. 1 zu § 22 HGB; Würdinger in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 1 zu § 22; Fischer, ZHR 111, 19 ff

119) Bolte, ZHR 51, 428 und die dort angeführte Literatur; Adler, ZHR 85, 93 ff

Handelsbetrieb begründeten Rechte und Pflichten anzusehen [120]. Wie sich aus der Denkschrift zum HGB [121] ersehen läßt, war man sich zwar bewußt, daß diese Verkehrsanschauung rechtlich nicht zutrifft, glaubte jedoch diesem Vertrauen des Handelsverkehrs auf die Zusammengehörigkeit von Aktiva und Passiva eines Unternehmens entgegenkommen zu müssen [122]. Im übrigen wurde schon vor Einführung der §§ 25 ff HGB vielfach ein Handelsgewohnheitsrecht gleichen oder ähnlichen Inhalts angenommen [123].

Auf die Regelung dieser haftungsrechtlichen Fragen beschränkt sich die Bedeutung dieser Normen [124]. Diese Zielsetzung verbietet aber, in dem Wortlaut des § 27, Abs. 1 HGB [125] die gesetzliche Zulassung der Erbengemeinschaft als Rechtsform für den Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts zu sehen.

Eins solche Folgerung verträgt sich ebensowenig mit der gesamten Anlage des Rechts der Handelsgesellschaften. Ein Blick ins Gesetz zeigt, wie ausführlich und sorgsam der Gesetzgeber die einzelnen Rechtsformen im Sinne der mit ihnen verfolgten Ordnungsfunktionen ausgestaltet hat. Hätte er diese Formen um die Erbengemeinschaft erweitern wollen, hätte er ihr sicherlich ausführliche Bestimmungen gewidmet und nicht diese wichtige Erweiterung der Typen von Rechtsformen des HGB in einer Bestimmung des allgemeinen Handelsrechts verklausuliert. Das um so mehr, als sich diese Rechtsform, wie sich jetzt schon feststellen läßt, wenig für das Handelsrecht eignet.

In den Reichstagsverhandlungen sind denn auch Äußerungen, die zur Auslegung des § 27 HGB im Sinne der herrschenden Lehre herangezogen werden könnten, weder bei der Kommissionsberatung noch im Plenum gefallen [126]. Selbst der 15. Deutsche Juristentag, der sich mit der Frage des Übergangs von Handelsgeschäften zur Vorbereitung der gesetzlichen Normierung befaßte, ging auf die Besonderheiten

---

120) Denkschrift, S. 36 = Hahn-Mudgan, S. 219; Würdinger in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 1 zu § 25; Schlegelberger-Hildebrandt, Anm. 1 zu § 25 HGB; Stegemann, S. 106; RGZ 145, 278; Winckelmann, S. 5

121) Denkschrift, a. a. O. (vgl. Fußnote 120)

122) BGH in NJW 1960, 962 = BGHZ 32, 60 ff; Denkschrift, a. a. O. (vgl. FB 120)

123) Vgl. RGZ 17, 98

124) BayObLG JW 1931, 3129 ff; Dür.-Hachenburg-Flechtheim, Anm. 18 zu § 105 HGB; Cohn in Gruchot 42, 62; Ballerstedt, JZ 51, 489

125) Dabei sei noch darauf hingewiesen, daß § 27 HGB ausdrücklich nur von "dem" Erben spricht.

126) Drucksachen des Reichstages, Stenogr. Berichte B. VI, S. 4548, S. 4558 D, 4559 A, 4563 D; Bericht der XVIII. Kommission des Reichstages, Anlagen pro 1895-97, Bd. VII, S. 3877

des Übergangs durch Erbfolge und insbesondere auf das Problem des Anfalles an eine Erbenmehrheit nicht ein [127].

Bei der Normierung des § 27 HGB hatte der Gesetzgeber vielmehr wie bei anderen Bestimmungen des Handelsrechts (vgl. § 139 HGB), worauf bereits hingewiesen wurde, immer nur den Fall der Einzel-Erbnachfolge im Auge. Deshalb überzeugt auch die Argumentation des OLG Darmstadt [128] nicht, der Singular "Erbe" umfasse alle Fälle von Erbfolge in dem Sinne, daß ebenso die "mehreren Erben als Einheitsbegriff mit einheitlicher Richtung des Willens und Handelns angesehen werden".

Für den Fall des Einzel-Erben paßt die Regelung und ist zudem als Ergänzungsnorm zu § 25 HGB notwendig. Sie paßt, weil der Einzelerbe wie der Erblasser in der Lage ist, das Geschäft als Einzelkaufmann fortzuführen, eine Umwandlung der Rechtsform mit dem Erbanfall also nicht notwendig wird. Man kann nicht einmal einwenden, § 27 HGB sei ergänzungsbedürftig. Die Bestimmung des § 27 HGB bleibt, selbst wenn sie den Fall des Übergangs eines Handelsgeschäfts an eine Erbenmehrheit ausklammert, sinnvoll. Sie verweist diesen Personenkreis damit auf die im Gesetz vorgesehenen und auf sie zugeschnittenen Rechtsformen, in denen eine Personenmehrheit ein vollkaufmännisches Handelsgeschäft betreiben kann. § 27 HGB ist so letztlich mehr ein Argument gegen die Erbengemeinschaft als Rechtsträgerin eines Handelsgeschäfts als für sie.

Auf die Bestimmungen der §§ 22 und 27 HGB kann die Befugnis mehrerer Erben eines Einzelkaufmanns, das Handelsgeschäft als Erbengemeinschaft fortzuführen, nicht gestützt werden. Die These der herrschenden Lehre von der rechtlichen Möglichkeit, ein Handelsgeschäft in einer nicht im Gesetz vorgesehenen Rechtsform zu betreiben, kann nicht aufrecht erhalten werden. Dies bedeutet, daß die Erbengemeinschaft auch unter diesem Blickpunkt als Rechtsform zum Betrieb eines Handelsgeschäfts auszuscheiden hat.

IV. Kritik der These von der rechtlichen Zulässigkeit der Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft als Folge der Notwendigkeit des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages für die Begründung einer Handelsgesellschaft

Der These, daß eine Handelsgesellschaft zu ihrer Entstehung des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages bedarf, ist grundsätzlich zuzustimmen [129]. Dies folgt ein-

127) Gutachten von Heinsen in den Verhandlungen des XIV. Deutschen Juristentages, S. 215 u. Sitzung der 2. Abt. v. 9. 9. 1880 (Verhandlungen S. 131)

128) OLG Darmstadt, DJZ 1910, Sp. 656

129) Vgl. aber die sog. faktische Gesellschaft

deutig aus dem Gesetz. Die OHG ist nach § 105, Abs. 1 HGB "Gesellschaft", was nur heißen kann, Gesellschaft nach Art der §§ 705 ff BGB. Diese Normen verlangen aber einen Gesellschaftsvertrag [130]. Der herrschenden Lehre ist weiter zuzugeben, daß § 27 HGB auch nicht "negative" Zulassungsnorm in dem Sinne ist, daß durch sie das OHG-Recht abgewandelt würde und in diesem Falle zur Begründung einer Gesellschaft ein Vertrag nicht erforderlich wäre. Dies ergibt sich aus den obigen Darlegungen (§ 3, III, 2b), wo gezeigt wurde, daß § 27 HGB eine in erster Linie haftungsrechtliche Bestimmung ist.

Umgekehrt sagt aber die Tatsache, daß es grundsätzlich keine Handelsgesellschaften ohne Gesellschaftsvertrag gibt, nichts darüber aus, in welcher Rechtsform ein ererbtes Handelsgeschäft durch eine Erbengemeinschaft fortgeführt werden kann. Es wird damit allenfalls festgestellt, daß ihr ohne Gesellschaftsvertrag die OHG nicht offen steht, keinesfalls aber steht positiv fest, daß die Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts zugelassen ist.

Die herrschende Lehre versucht ihre These noch mit dem Argument zu untermauern, daß in bestimmten Fällen das Recht des einzelnen Miterben, die sofortige Auseinandersetzung zu verlangen, ausgeschlossen ist (vgl. §§ 2045, 2048 BGB). Wenn dem aber so sei, könne von den Erben nicht verlangt werden, daß sie sich sofort auseinandersetzen, um das ererbte Handelsgeschäft in einer anderen Rechtsform weiterbetreiben zu können; dies werde ihnen vom Gesetz ja gerade verboten.

Dem ist einmal entgegen zu halten, daß ein Ausschluß der Auseinandersetzung niemals zwingend ist. Den Miterben bleibt es unbenommen, durch einstimmigen Beschluß das Auseinandersetzungsverbot zu beseitigen [131] und den Weg freizumachen für den Fortbetrieb des Handelsgeschäfts in einer im Gesetz vorgesehenen Rechtsform.

Zum anderen ist der herrschenden Lehre zwar zuzugeben, daß aus einem Auseinandersetzungsverbot Schwierigkeiten entstehen können. Es handelt sich auch hier um ein Gebiet, in welchem handels- und erbrechtliche Vorschriften divergieren. Doch läßt sich dieser Konflikt nicht einfach dadurch lösen, daß man gegen unabdingbare Grundsätze des Handelsrechts verstößt, um das Erbrecht aufrecht zu erhalten. Vielmehr legt Art. 2 EG HGB gerade den umgekehrten Weg nahe.

Aus der Notwendigkeit des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages zur Begründung einer OHG läßt sich deshalb nicht der Schluß ziehen, die Erbengemeinschaft selbst sei als Rechtsform zum Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts zugelassen.

---

130) Vgl. statt aller Baumb.-Duden, Anm. 2a zu § 105 HGB

131) Vgl. statt aller Kregel in RGR-Komm. z. BGB, Anm. 8, 9 zu § 2044 BGB

V. Kritik der These von der Fortsetzung der Einzelkaufmannsfirma in der Erbengemeinschaft

1) Die der These zu Grunde liegende Vorstellung

Wie bereits dargestellt [132], geht auch die herrschende Lehre grundsätzlich davon aus, daß das Handelsgesetzbuch für die Erbengemeinschaft eine Handelsfirma nicht zur Verfügung stellt und hinsichtlich der Eintragungsberechtigung und -verpflichtung ein numerus clausus besteht [133]. Die herrschende Lehre glaubt aber im Hinblick darauf, daß sich die Erbengemeinschaft nach ihrer Ansicht als Fortsetzung der Person des Erblassers darstellt, dieselbe firmenrechtlich wie den Erblasser, also als Einzelkaufmann, behandeln zu können [134] [135]. Eine echte Kritik darf sich deshalb nicht darauf beschränken, auf den numerus clausus der eintragungsfähigen Tatsachen und Rechtsverhältnisse hinzuweisen; damit würde sie nur offene Türen einrennen. Richtiger Ansatzpunkt für sie ist die von der herrschenden Lehre aufgestellte These von der Fortsetzung der Einzelkaufmannsfirma in der Rechtsform der Erbengemeinschaft.

Diese These ist im Grunde genommen nichts anderes als die Verwirklichung der unterschwelligen Vorstellung der herrschenden Lehre von einem rechtlich selbständigen Handelsunternehmen. Diese Vorstellung bewirkt, daß man die Firma nicht mehr als Name des Kaufmanns (§ 17 HGB) behandelt, sondern in ihr den Namen des Unternehmens sieht. Dies hat zur Folge, daß das Unternehmen, wenn es in einen Nachlaß fällt, weiterhin als Trägerin der Firma angesprochen wird.

Diese Vorstellung mag in § 22 HGB einen gewissen Niederschlag gefunden haben, weil sich in der Verkehrsauffassung der Gesichtspunkt durchgesetzt hat, daß die Firma trotz ihrer Personenbezogenheit einen Vermögenswert darstellt [136]. Gleich-

---

132) Vgl. § 2, I, 5 und Fußnote 36 (§ 2)

133) Aus diesem Grunde treffen die Kritiker der herrschenden Lehre, die wie Kretzschmar, ZBlFG 17, 1 ff, nur auf den numerus clausus der ins Register eintragungsfähigen Rechtsverhältnisse und Tatsachen abstellen, nicht den Kern des Problems.

134) Vgl. § 2, I, 5 und Fußnote 36 (§ 2)

135) Die Bedenken, die sich gegen eine Firma für die Erbengemeinschaft daraus ergeben, daß es zweifelhaft ist, ob die Erbengemeinschaft während der Frist des § 27, II HGB überhaupt ein Handelsgeschäft betreibt und die auch von Lehmann, JW 26, 481 ff geteilt werden, wurden schon unter § 3, I dargestellt.

136) Vgl. Fischer, ZHR 111, 22; Stegemann, S. 99; Hahn-Mudgan, S. 215, 219; vgl. zum Ganzen auch Adler, ZHR 85, 93 ff

wohl rechtfertigt § 22 HGB nicht die Annahme einer rechtlich selbständigen Firma, sondern stellt richtiger Ansicht nach nur eine Ausnahme vom Grundsatz der Firmenwahrheit dar, um den in der Firma liegenden Vermögenswert zu realisieren[137].

2. Erbengemeinschaft und Firmenfähigkeit

Damit, daß die der These zu Grunde liegende Vorstellung aufgezeigt und widerlegt wurde, hat sie sich selbst noch nicht erledigt. Es stellt sich die Frage, wie sich die These von der Fortsetzung der Einzelkaufmannsfirma in der Erbengemeinschaft mit dem geltenden Firmenrecht vereinbaren läßt.

Die gesetzliche Regelung des Firmenrechts geht, wie § 17 HGB klar ausdrückt, von der persönlichen Bezogenheit der Firma auf den Inhaber des Handelsgeschäfts aus. Die Firma ist der Handelsname des Kaufmanns [138]. Dies bedeutet, daß die Firma als Handelsname ebenso wie der Eigenname an sich unveräußerlich und unvererblich ist. In Übereinstimmung mit der allgemeinen Verkehrsauffassung läßt jedoch das Gesetz als Ausnahme zur Wertrealisierung des Vermögenswertes der Firma die Lösung derselben von der Person des Inhabers zu (§ 22 HGB). Es macht diese Loslösung allerdings im Interesse und zum Schutz der Allgemeinheit von einer Bindung der Firma an das Handelsgeschäft abhängig. Es ist also so viel an der herrschenden Lehre richtig, daß sich die Firma des Erblassers in dem Nachlaß fortsetzt, nämlich in der Bindung der Firma an das zum Nachlaß gehörige Handelsgeschäft. Damit ist aber noch nicht bewiesen, daß die Erbengemeinschaft als Rechtsträgerin des Nachlasses fähig ist, diese Firma zu führen, denn § 22 HGB macht nur eine Ausnahme hinsichtlich der Personenbezogenheit der Firma, nicht aber hinsichtlich der Firmenfähigkeit überhaupt, d.h., um die alte Firma des Erblassers oder eine neue führen zu können, muß die Erbengemeinschaft firmenfähig sein. Es kommt also nicht in erster Linie darauf an, was für eine Firma die Erbengemeinschaft haben kann, sondern ob sie überhaupt als Firma auftreten kann.

Nach herrschender Meinung [139] ist firmenfähig nur der Rechtsfähige, der Einzelkaufmann oder die juristische Person, sowie die Handelsgesellschaften des HGB. Wie das Gesetz gerade bei der OHG und KG erkennen läßt, setzt es für die Firmenfähigkeit eines Personenverbandes voraus, daß dieser sich zu einer straffen Einheit zusammengeschlossen hat. Diese personelle und rechtliche Verbundenheit muß so

---

137) Vgl. Fußnote 30 (§ 2)

138) Dür.-Hachenburg-Hoeniger, Anm. 2, 3 zu § 17 HGB; Würdinger in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 2 zu § 17; Schlegelberger-Hildebrandt, Anm. 1 zu § 17 HGB; RGZ, Warneyer Rsprs. 1918, 75

139) Schlegelberger-Hildebrandt, Anm. 5 zu § 1 HGB; Dür.-Hachenburg-Hoeniger, Anm. 3 zu § 17 HGB; Wieland I, S. 448

eng sein, daß der Verband als solcher am Rechtsverkehr beteiligt ist. Erforderlich ist also, daß die Personenmehrheit in einer so geschlossenen Einheit im Verkehr auftritt, daß im Handelsverkehr die Einheit als solche als Unternehmen erscheint. Nach einhelliger Auffassung ist deshalb die BGB-Gesellschaft nicht firmenfähig, obwohl sie Gesamthandsgemeinschaft ist, da es ihr an der notwendigen Geschlossenheit fehlt [140].

Diese Geschlossenheit mangelt der Erbengemeinschaft um so mehr, als sie zwar auch noch Gesamthandsgemeinschaft ist, sich in ihrer inneren Ausgestaltung aber weitgehend der schlichten Rechtsgemeinschaft nähert [141].

Mangels rechtlicher Geschlossenheit ist die Erbengemeinschaft somit nicht in der Lage, eine Firma zu haben, dies auch dann nicht, wenn sie nur die alte Firma des Erblassers fortführt [142]. Der These der herrschenden Lehre von der Fortsetzung der Einzelkaufmannsfirma in der Erbengemeinschaft kann nicht zugestimmt werden [143].

Das Recht der Erbengemeinschaft, eine Firma zu führen, wird noch auf den Vergleich mit dem Einzelerben gestützt [144]. Es wird darauf verwiesen, daß der Einzelerbe zweifelsohne das Recht zur Firmenfortführung habe. Wenn dem aber so sei, gehe es nicht an, die mehreren Erben schlechter zu stellen als den Einzelerben. Dieses Argument geht fehl. Es wird ja nicht bestritten, daß auch die mehreren Erben das Recht haben, die alte Firma fortzuführen, es wird nur geleugnet, daß dies in der Rechtsform der Erbengemeinschaft geschehen kann. Der Einzelerbe mag insofern günstiger gestellt sein, als er nicht gezwungen ist, die Rechtsform für das ererbte Handelsgeschäft zu wechseln. Aber die Handelsform für einen einzelnen ist eben das einzelkaufmännische Unternehmen, die Einzelfirma; die handelsrechtlichen Betätigungsformen für eine Personenmehrheit sind dagegen die Handelsgesellschaften.

---

140) Siebert (Vortrag), S. 21; Ehrenberg, S. 68; Wieland I, S. 91

141) RGZ 123, 366 (369)

142) Es sei auch noch darauf hingewiesen, daß in der RVH vom 12.8.1937 wie auch in der alten preußischen vom 7.11.1899 weder in Abt. A noch B Raum zur Eintragung einer Erbengemeinschaft vorgesehen ist.

143) Ebenso Cohn, JW 1926, 481 ff und LZ 27, Sp. 499 ff; Ritter, Anm. 4 zu § 22 HGB. Dagegen läßt sich die Ansicht der h.L., die Erbengemeinschaft könne auch einen Handelsgewerbebetrieb nach § 2 HGB, dessen Eintragung von dem Erblasser versäumt wurde, fortführen und mit neuer Firma in das Handelsregister eintragen lassen, nicht einmal mit ihrer eigenen These von der Fortsetzung der Einzelkaufmannsfirma in der Erbengemeinschaft vereinbaren, da es keine Firma gibt, die sich in der Erbengemeinschaft fortsetzen könnte.

144) Winckelmann, S. 57

VI. Sonstige kritische Gesichtspunkte

1. Bedenken aus dem Wesen der Erbengemeinschaft

Das Wesen der Erbengemeinschaft wurde dahin charakterisiert, daß es sich nicht um eine auf Dauer, sondern auf Auflösung angelegte Gemeinschaft handele. Dieser theoretischen Zielsetzung entsprechen die praktischen Erfahrungen [145]. Die Erbengemeinschaft ist fast immer eine Quelle des Unfriedens. Es drängt die Miterben auseinander und läßt zum Bewußtsein kommen, daß in der Erbengemeinschaft alles andere als einmütiges Handeln obwaltet.

Diesen Tendenzen der Miterben, die im wesentlichen auf Individualinteressen beruhen, stehen die Belange des Handelsverkehrs gegenüber, der die Möglichkeit klarer und reibungsloser Führung seiner Geschäfte erstrebt.

Während bei den Handelsgesellschaften Individual- und Kollektivinteressen schon deswegen nicht so konträr gegeneinander stehen, weil die Gemeinschaft selbst auf dem freiwilligen Zusammenschluß der Personenmehrheit beruht und weiter der Gesetzgeber Einzel- und Gemeinschaftsinteressen in ein Gleichgewicht zu bringen versuchte, finden sich beide Ausgleichspunkte bei der Erbengemeinschaft nicht. Sie stellt eine gesetzliche Zwangsgemeinschaft dar und vom Gesetzgeber wurden aus diesem Grunde bewußt die Individualinteressen in den Vordergrund gestellt.

Auch aufgrund ihrer gesamten Zielsetzung und Ausgestaltung ist die Erbengemeinschaft denkbar ungeeignet als Rechtsform zum Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes.

2. Bedenken aus den Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Erbengemeinschaft und OHG als Rechtsträger des ererbten Handelsgeschäfts

Nach Ansicht der herrschenden Lehre, die die Erbengemeinschaft als Inhaberin eines ererbten vollkaufmännischen Unternehmens zuläßt, ist es den Miterben deshalb nicht verwehrt, durch Abschluß eines dahingehenden Gesellschaftsvertrages ihr ererbtes Handelsgeschäft in die Rechtsform der OHG überzuführen. Dieser Gesellschaftsvertrag kann stillschweigend abgeschlossen werden [146], und eine solche Vereinbarung ist immer dann anzunehmen, wenn, wie es das Reichsgericht [147]

---

145) Vgl. die Angaben bei Geineder, S. 17, Anm. 1; zur Abwicklungsgemeinschaft vgl. OLG München, HRR 1937 Nr. 1593

146) Vgl. statt aller BGHZ in NJW 1951, 311

147) RGZ in LZ 1912, Sp. 157

ausdrückt, die Beteiligten erkennbar aus der bloßen Erbengemeinschaft heraustreten. So einfach diese Lösung erscheint, so viele Schwierigkeiten tauchen auf, denn die Merkmale, aus denen ein solches Heraustreten entnommen werden könnte, werden unterschiedlich beantwortet und entziehen sich naturgemäß jeder zeitlichen Bestimmung [148]. Die Verwirklichung des Gesellschaftsvertrages läßt sich vielfach erst nach Ablauf einer gewissen Zeit durch rückschauende Betrachtung exakt feststellen [149].

Dies gibt den Miterben die Möglichkeit, in geschickter Weise es so einzurichten, daß sie glaubhaft behaupten können - je nachdem, ob ihnen die Anwendung der für die OHG oder für die Erbengemeinschaft geltenden Vorschriften vorteilhafter erscheint -, einen Gesellschaftsvertrag stillschweigend abgeschlossen zu haben oder nicht.

Das sind Schwierigkeiten, die für jenen nicht auftreten, der den Erben nur die Möglichkeit geben will, in der Form einer OHG zu handeln. Die Erben können sich hier nicht mehr auf die Normen über die Erbengemeinschaft zurückziehen.

Die fehlende Abgrenzungsmöglichkeit muß daher gleichfalls gegen eine unbeschränkte Zulassung der Erbengemeinschaft als Inhaberin eines ererbten Handelsgeschäfts ins Feld geführt werden [150].

VII. Zusammenfassung

Als Ergebnis der kritischen Untersuchung der Begründung der herrschenden Lehre läßt sich feststellen:

1) Die Möglichkeit, die Fortführung eines ererbten vollkaufmännischen Unternehmens in Rechtsform einer Erbengemeinschaft als Verwaltung des ungeteilten Nachlasses anzusehen, unterliegt starken Zweifeln.

2) Die Bedenken verstärken sich bei der These von der rechtlichen Möglichkeit des Betriebs eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft. Einmal ist die handelsrechtlich notwendige unbeschränkte und persönliche Haftung nicht gewährleistet, zum anderen entspricht insbesondere die rechtliche Ausgestaltung der Geschäftsführung und der Vertretung keineswegs den Erfordernissen des Handelsverkehrs.

---

148) Lion, LZ 1925, Sp. 845

149) Robert Fischer, DNotZ 1955, 185; Legers, Anm. z. RGZ in JW 1926, 552 Nr. 5

150) Ebenso Lion, LZ 1925, Sp. 846

3) Es hat sich sodann ergeben, daß die rechtliche Möglichkeit, ein Handelsgeschäft in einer nicht im Gesetz vorgesehenen Rechtsform zu betreiben, weder auf Grund der Typenfreiheit im Gesellschaftsrecht, noch im Hinblick auf die §§ 22 und 27 HGB als besondere Zulassungsnormen gegeben ist, da sie sich grundsätzlich nur mit firmen- bzw. haftungsrechtlichen Fragen befassen.

4) Es ist weiter festgestellt worden, daß sich aus der Notwendigkeit des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages zur Begründung einer Handelsgesellschaft zwar ableiten läßt, daß durch die Fortführung des ererbten Handelsgeschäfts nicht automatisch eine solche entsteht, die rechtliche Zulässigkeit der Fortführung des Geschäfts in Rechtsform der Erbengemeinschaft aber nicht gefolgert werden kann.

5) Ebenso hat die These von der Fortsetzung der Einzelkaufmannsfirma in der Erbengemeinschaft einer Überprüfung nicht standgehalten, da einer Erbengemeinschaft die Firmenfähigkeit mangelt.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß die Begründung, die die herrschende Lehre für die Zulässigkeit der Fortführung und Inhaberschaft eines von einem Einzelkaufmann ererbten Handelsgeschäfts gibt, deren Ergebnisse nicht deckt. Wenn also die Erbengemeinschaft als Rechtsträgerin eines Handelsgeschäfts für beschränkte oder unbeschränkte Zeit zugelassen werden soll, muß nach einer anderen neuen rechtlichen Begründung gesucht werden.

TEIL II

DIE ERBENGEMEINSCHAFT ALS ZEITLICH BEGRENZTE INHABERIN EINES ERERBTEN HANDELSGESCHÄFTS

Daß die Begründung der herrschenden Lehre auch nicht für eine nur befristete Zulässigkeit der Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft ausreicht, ist bereits im ersten Teil festgestellt worden. Ehe jedoch nach einer neuen Begründung gesucht wird, muß die Frage gestellt werden, ob es überhaupt notwendig erscheint, hier neue Wege zu gehen. Sie wäre zu verneinen, wenn bereits andere eine überzeugende Lösung des Problems gefunden haben oder für eine derartige Fortführung ein wirtschaftliches Bedürfnis nicht besteht.

§ 4

DARSTELLUNG UND KRITIK DER VON DER HERRSCHENDEN LEHRE ABWEICHENDEN AUFFASSUNGEN

I. Die Auffassung von Binder und ihre Kritik

1) Die Ansicht Binders zur Möglichkeit der Fortführung eines ererbten vollkaufmännischen Geschäfts wird beeinflußt von seiner besonderen Lehre über die Vererblichkeit eines Handelsgeschäfts überhaupt. Binder [1] kennzeichnet das Handelsgeschäft als "Gelegenheit und Veranstaltung zum Zwecke des kaufmännischen Gewerbebetriebes". Er faßt es als eine nur tatsächliche Position auf, die Rechtsfolgen haben kann, aber nicht selbst Recht oder Rechtsobjekt ist. Dies hat zur Folge, daß Binder [2] annimmt, das Firmenrecht gehe zwar kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung, wie die einzelnen Objekte des Handelsvermögens, auf den oder die Erben über, aber das "Handelsgeschäft" im Sinne eines Komplexes von aus dem tatsächlichen Betrieb eines Handelsgewerbes sich ergebenden und in Zukunft fortwirkenden Beziehungen gehöre dagegen nicht zu der Erbschaft. Von diesem Ausgangspunkt greift er sodann die herrschende Lehre [3], vielmehr deren Meinung an, daß der Fortführungsbeschluß nicht Gesellschaftsvertrag sei. Er argumentiert, diese Ansicht beruhe letztlich auf der Vorstellung, daß das Geschäft zum

1) Binder I, S. 32

2) Binder I, S. 36

3) Binder III, S. 88, Anm. 144

Nachlaß gehöre und daß die Miterben, wenn sie das Unternehmen unter der alten Firma weiter betreiben, nicht als Gesellschafter, sondern als Verwalter des Nachlasses auftreten. Mache man mit dieser Auffassung ein Ende, so könne der Beschluß der Miterben, das Geschäft fortzuführen, nicht anders aufgefaßt werden, denn als Gesellschaftsvertrag.

2) Die Auffassung Binders krankt schon und vor allem an ihrem Ausgangspunkt, daß ein Handelsgeschäft nicht vererbt werden könne. Nach heute herrschender und zutreffender Meinung umfaßt die 'Universalität der Erbfolge jedoch nicht nur jene Sach- und Rechtsgüter, deren Beherrschung bereits in Form von subjektiven Rechten gekleidet ist. Sie ergreift vielmehr auch die den Unternehmenskern ausmachenden tatsächlichen Beziehungen und inneren Vermögenswerte" [4]. Weiter erfaßt sie die einzelnen Objekte des Handelsvermögens auch in ihrer Zuordnung aufeinander. Damit ist aber im Sinne der herrschenden Lehre die Möglichkeit eröffnet, daß die Miterben das Geschäft ausschließlich in Verwaltung des Nachlasses fortführen können und wollen und wird der Schluß aus der Fortführung auf einen OHG-Gesellschaftsvertrag dementsprechend zweifelhaft.

Fruchtbar ist hingegen an der Auffassung Binders die Erkenntnis, daß es der herrschenden Lehre nur deshalb so leicht fällt, in dem Fortführungsbeschluß nicht den stillschweigenden Abschluß eines OHG-Gesellschaftsvertrages zu sehen, weil sie es für zulässig erachtet, ein ererbtes Handelsgeschäft in Verwaltung des Nachlasses zu betreiben.

II. Die Auffassung von Geineder und ihre Kritik

1) Geineder [5] kommt wie Binder zu dem Ergebnis, daß die Miterben, wenn sie das ererbte Handelsgeschäft im alten Umfang weiterführen, hierdurch die Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine OHG vollziehen. Er begründet dies damit, daß eine solche Fortführung einer gemeinschaftlichen Verfügung nach § 2040, Abs. 1 BGB gleichkomme, was bedeute, daß die Erben in Ansehung des Unternehmens eine OHG bildeten.

2) Diese Begründung erscheint wenig überzeugend. Kann doch das gemeinschaftliche Verfügungsgeschäft allenfalls darin erblickt werden, daß durch die Fortführung des Handelsgeschäfts mit alter Firma über die Frist des § 27, Abs. 2 HGB hinaus das dort gewährte Recht der Haftungsbeschränkung für Geschäftsverbindlich-

4) Heintzenberg, S. 16, 17; vgl. weiter die in Fußnote 7 (§ 2) Genannten
5) Geineder, S. 71

keiten des Erblassers zum Untergang gebracht wird. Worin anders sollte sonst die unmittelbare Aufhebung, Übertragung, Belastung oder Änderung eines subjektiven Rechts gefunden werden, was nach allgemeiner Meinung [6] den Begriff der rechtsgeschäftlichen Verfügung ausmacht. In der Wahl einer neuen Firma könnte eine Verfügung nur dann gesehen werden, wenn hierdurch das Recht der Erben, die Firma des Erblassers zu benutzen, untergeht. Unterstellt man gleichwohl einmal, die Fortführung des Geschäfts beinhalte eine Verfügung im Sinne des § 2040, Abs. 1 BGB, ist damit nur gesagt, daß eine solche gemeinsam von allen Miterben vorgenommen werden kann. Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb die gemeinschaftliche Verfügung den Abschluß eines OHG-Gesellschaftsvertrages beinhalten soll. Solange nämlich nicht feststeht, daß die Miterben das Geschäft in Erbengemeinschaft nicht weiterbetreiben können, läßt sich die Verfügungs'richtung" nicht eindeutig auf einen Gesellschaftsvertrag hin festlegen, da weiterhin die Fortführung in der Form der Erbengemeinschaft möglich wäre. Der Verfügungscharakter der Fortführung besagt darüber nichts.

Aus dem Verfügungscharakter der Geschäftsfortführung läßt sich mithin nicht ein Vertrag ableiten, der zum Inhalt hat, daß das Handelsgeschäft nicht mehr in Verwaltung des Nachlasses, sondern als OHG betrieben werden soll.

Richtig ist an dem Hinweis auf den Verfügungscharakter und damit auf den Eintritt der unbeschränkten Haftung nur so viel, als hieraus deutlich wird, daß mit der Weiterführung der Erbengemeinschaft über die Frist des § 27, Abs. 2 HGB hinaus nicht nur bloße Haftungsfragen, sondern mittelbar wesentlichere Folgen verknüpft sind.

III. Die Auffassung von Lion und Legers und ihre Kritik

1) Lion [7] wendet gegen die herrschende Lehre ein, deren Ansicht, das HGB habe nicht erschöpfend die Formen feststellen wollen, unter denen ein Handelsgeschäft bei Beteiligung mehrerer Personen betrieben werden könnte, treffe nicht zu. Er verweist darauf, daß das HGB zur Sicherung des Verkehrs eine geschlossene Zahl von Typen vorgeschrieben habe. Er argumentiert weiter [8], daß dem Begriff der Erbengemeinschaft nur eine Tätigkeit entspreche, die auf Beendigung, d.h., Liquidation hinziele. Die Fortführung eines Handelsgeschäfts aber bedeute das Gegenteil, weil sie in sich die Veränderung des Nachlaßgegenstandes berge. Lion [9] wirft

6) Staudinger-Brändl, Einl. 63 zu § 104 BGB; vgl. auch BGHZ 1, 304
7) Lion, LZ 1925, Sp. 844 und JW 1925, 2105
8) Lion, a. a. O., Sp. 845
9) Lion, a. a. O., Sp. 846

der herrschenden Lehre noch vor, ihre Theorie "eines stillschweigenden vertraglichen Übergangs von der Erbengemeinschaft zur Offenen Handelsgesellschaft" sei mangels ausreichender tatsächlicher und zeitlicher Bestimmbarkeit praktisch nicht brauchbar und auch deshalb die Erbengemeinschaft als Geschäftsinhaberin zu verwerfen.

Zu einem "ungekünstelten und praktisch verwertbaren" [10] Ergebnis kommt man nach Lion nur dann, wenn in § 27 HGB eine negative Zulassungsnorm in dem Sinne gesehen wird, daß mit Ablauf der Überlegungsfrist die automatische Umwandlung des Geschäfts zur OHG gegeben ist, und zwar soll diese Überleitung ex tunc mit dem Erbanfall eintreten, wie dies mit den früheren Geschäftsverbindlichkeiten des Erblassers geschehe [11].

2) Den Argumenten Lions gegen die herrschende Lehre ist zuzustimmen. Wie die Untersuchungen des ersten Teils (§ 3, III. 1) bestätigen, herrscht im Gesellschaftsrecht des HGB "Typenzwang" in dem Sinne, daß ein Handelsgeschäft nur in den gesetzlich fixierten Typen betrieben werden kann. Allein mit dieser Feststellung hätte sich Lion nicht begnügen dürfen; er hätte sich auch mit dem Teil der herrschenden Lehre auseinandersetzen müssen, der die §§ 22 und 27 HGB als "positive Zulassungsnormen" für den Betrieb eines Handelsgeschäfts durch eine Erbengemeinschaft aufgefaßt haben will. Dies hätte um so näher gelegen, als Lion selbst in § 27 HGB eine negative Zulassungsnorm sieht, d. h. glaubt, aus § 27, Abs. 2 HGB schließen zu können, daß mit Fristablauf eine OHG entsteht.

Hiermit wird der kritische Punkt der Theorie Lions erreicht. Die Erbengemeinschaft ist ein Gesamthandsverhältnis auf vertragsloser Grundlage. Das hat zur Folge, daß die Erbengemeinschaft zur Umwandlung in eine OHG grundsätzlich eines Gesellschaftsvertrages bedarf. "Das begriffswidrige Gegenteil" [12] könnte nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung bestimmt werden. § 27 HGB enthält solche Vorschriften nicht. Diese Norm beschränkt sich, wie bereits ausführlich dargelegt wurde (§ 3, III. 2), auf allgemeine handelsrechtliche Haftungsfragen. In Abs. 1 wird die Haftung für frühere Geschäftsverbindlichkeiten geregelt und Absatz 2 schränkt die durch Abs. 1 grundsätzlich herbeigeführte unbeschränkte Haftung bei Einstellung des Geschäfts vor Ablauf der Frist des § 27, Abs. 2 HGB wiederum ein. Mit Recht heben das BayObLG und Goldschmidt II [13] hervor, daß an die Fortführung des Unternehmens über diese Zeit hinaus nirgendwo in den §§ 22 und 27 HGB die Folge geknüpft wird, daß die Erbengemeinschaft sich in Ansehung des ererbten Handelsge-

10) Wie Fußnote 9

11) Ebenso Legers, Anm. zu JW 1926, 552 Nr. 5

12) Goldschmidt II, JW 1931, 3057

13) BayObLG JW 1931, 3129; Goldschmidt II, a. a. O.

schäfts von selbst in eine OHG verwandle. Weiter ist auch hier der Einwand zu bringen, daß vom Gesetzgeber, hätte er mit § 27 HGB eine derartige Regelung verbinden wollen, sicherlich dieser Fall ausdrücklich erwähnt worden wäre.

Die Auffassung Lions ist dazu in sich widerspruchsvoll. Er ist zwar zu Recht der Ansicht, daß das Handelsrecht den Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts in der Rechtsform einer Erbengemeinschaft nicht zuläßt und folgert mit aus dieser Erkenntnis, daß dementsprechend die Umwandlung nach § 27, Abs. 2 HGB rückwirkend mit dem Zeitpunkt des Erbanfalls zu erfolgen habe. Gleichwohl läßt er in den Fällen, in welchen der Betrieb des Handelsgeschäfts vor Ablauf der Frist des § 27, Abs. 2 HGB eingestellt wird, die Erbengemeinschaft als Inhaberin des Handelsgeschäfts für diesen Zeitraum zu [14]. Dies wohl deshalb, um auch für die Frist des § 27, Abs. 2 HGB einen Rechtsträger für das Handelsgeschäft zu haben, da die Erben sich im Zeitpunkt des Erbanfalls noch nicht klar sein können, ob und wie sie das ererbte Handelsgeschäft weiterführen wollen.

IV. Die Auffassungen von Cohn und Kretzschmar [15] und ihre Kritik

1) Während Cohn sich ausdrücklich der Auffassung Lions anschließt, kann dies von Kretzschmar nur der Sache nach gesagt werden, da seine Veröffentlichung früheren Datums ist. Cohn und Kretzschmar greifen die herrschende Lehre vorwiegend vom Firmenrecht her an [16].

Sie verweisen darauf, daß die in das Handelsregister einzutragenden Tatsachen und Rechtsverhältnisse im Gesetz festgelegt und andere Tatsachen und Rechtsverhältnisse nicht eintragungsfähig seien. Das Gesetz lasse aber eine Firmenführung nur durch die natürliche oder juristische Einzelperson oder eine Handelsgesellschaft zu. Die Erbengemeinschaft, die weder juristische Person noch Handelsgesellschaft und somit nicht firmenfähig sei, könne nicht ins Handelsregister eingetragen werden. Um in das Handelsregister zu kommen, müßten die Miterben hinsichtlich des ererbten Geschäftes eine Handelsgesellschaft gründen. Die Überleitung von der Erbengemeinschaft in die Handelsgesellschaft wird im Anschluß an Lion in der Fortführung des Unternehmens über die Frist des § 27, Abs. 2 HGB gesehen.

2) Da sich diese Auffassungen die Meinung Lions zu eigen machen, gelten für sie auch dieselben Einwände, auf die verwiesen werden darf. Gegenüber dem inso-

---

14) Lion, LZ 1925, Sp. 842

15) Cohn, LZ 1927, Sp. 301; Kretzschmar, ZBlFG 17, 1 ff

16) Kretzschmar, a. a. O., S. 13; Cohn, a. a. O., Sp. 301 und JW 1926, 487

weit neuen Argument des numerus clausus der ins Handelsregister eintragbaren Tatsachen und Rechtsverhältnisse ist vorzubringen, daß dieser Grundsatz von der herrschenden Lehre durchaus anerkannt wird [17], sie aber der Meinung ist, da sich die Rechtsbeziehungen und Persönlichkeit des Erblassers in der Erbengemeinschaft fortsetze, müsse dieselbe gleichfalls nach außen wie der Erblasser, also als Einzelkaufmann behandelt werden. Aus diesem Grunde trifft die Kritik, die nur auf den numerus clausus abstellt, nicht den Kern des Problems [18].

Der Vollständigkeit halber sei noch vermerkt, daß auch Kreß [19], allerdings ohne Angabe von Gründen, die Erbengemeinschaft als Inhaberin eines ererbten Handelsgeschäfts ablehnt.

V. Zusammenfassung

Die Überprüfung der Auffassungen der Kritiker der herrschenden Lehre hat ergeben, daß sie ähnlich wie die herrschende Lehre selbst nur Teilausschnitte des Problems untersuchen. Dementsprechend sind ihre Lösungsvorschläge nicht so überzeugend, daß sie von der Suche nach einer Lösung entbinden könnten, sofern hierfür gewichtige praktische und wirtschaftliche Gründe sprechen.

17) Vgl. § 2, I. 5 und Fußnote 36 (§ 2)

18) Zur Widerlegung der herrschenden Lehre sei auf § 3, V verwiesen

19) Kreß, S. 158

§ 5

DAS UNABWEISBARE VERKEHRSBEDÜRFNIS EINER ZEITLICH BEGRENZTEN ZULASSUNG DER ERBENGEMEINSCHAFT ALS RECHTSFORM ZUM BETRIEB EINES ERERBTEN HANDELSGESCHÄFTS

Läßt man die Erbengemeinschaft als Inhaberin eines ererbten Handelsgeschäfts überhaupt nicht zu, so hat dies zur Folge, daß sich die Miterben augenblicklich darüber schlüssig werden müssen, ob und wie das Unternehmen fortgeführt werden soll. Den Miterben stehen dafür mehrere Möglichkeiten zur Wahl. Sie können entweder den Betrieb sofort einstellen, d.h., ihn ohne Geschäftsfortführung abwickeln, oder sich in Ansehung des Handelsgeschäfts auseinandersetzen, um sodann eine OHG zu gründen, oder das Unternehmen auf einen der Miterben übertragen, der es als Einzelkaufmann weiterführen könnte. Schließlich können die Erben auch noch eine juristische Person für den Betrieb des Handelsgeschäfts gründen und ihr das Vermögen übertragen.

Betrachtet man diese Vielfalt von Möglichkeiten, so wird sofort klar, daß es ein unmögliches Ansinnen bedeuten würde, von den Miterben zu verlangen, daß sie sich augenblicklich für eine der Möglichkeiten entscheiden [1]. Dies um so mehr, wenn man an den Fall denkt, daß der Kaufmann von geschäftlich unerfahrenen Personen beerbt wird. Liegt es doch auf der Hand, daß schon für die Beurteilung der Frage, ob es sich überhaupt lohnt, das Geschäft fortzuführen, eine gewisse Überlegungsfrist notwendig ist [2]. Es müssen unter anderem die Aktiva und Passiva ermittelt und die allgemeinen Geschäftsaussichten eingeschätzt werden. Waren die Erben bislang nicht in der Branche tätig, werden sie sich sinnvollerweise erst einmal einzuarbeiten versuchen um zu erproben, ob sie für eine derartige Tätigkeit geeignet sind [3]. All das kostet Zeit. Sind sich die Erben einig geworden, daß das Geschäft nicht aufgegeben werden soll, so erhebt sich das Problem, in welcher Rechtsform es fortgeführt werden soll. Auch das muß gut überdacht werden. Ebenso ist zu prüfen, ob sich alle Erben an der Weiterführung des Unternehmens beteiligen wollen, oder ob dies nur durch einen vielleicht geschäftserfahrenen Miterben geschehen soll. Haben sich mehrere Erben für den Fortbetrieb des Geschäftes entschlossen, gilt es zu erwägen, ob sich für sie die Rechtsform einer Handelsgesellschaft verbunden mit der unbeschränkten persönlichen Haftung oder einer juristischen Person vorteilhafter darstellt. All diese Überlegungen brauchen gleichfalls ihre Zeit, um so ausreifen zu können. Wird diese Zeit den Miterben

1) Bolte, ZHR 51, 447; Bunge, ZAkDR 1940, 193; Heintzenberg, S. 74; Lohauß, S. 29

2) Denkschrift, S. 38

3) Auf diesen Gesichtspunkt weist Heintzenberg, S. 76, hin.

nicht gewährt, so liegt es nahe, daß sie, um sich nicht finanziellen und persönlichen Risiken auszusetzen, den einfachsten Weg gehen und das Handelsgeschäft liquidieren, wobei sie die Zerschlagung wirtschaftlicher Werte in Kauf nehmen. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß jede, und somit auch unsere Wirtschafts- und Rechtsordnung, nach Möglichkeit zu verhindern sucht, daß objektiv wertvolle Güter sinnloser Zerstörung ausgesetzt werden [4]. Das wäre aber nach dem Gesagten der Fall, wollte man von den Miterben verlangen, daß sie augenblicklich über das Ob und Wie der Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts beschließen [5].

Diese Nöte wurden auch mittelbar vom Gesetz selbst in der Bestimmung des § 27, Abs. 2 HGB anerkannt. Diese Norm, die, wie gezeigt wurde (§ 3, III. 2), nur auf den Fall der Einzelerbennachfolge zugeschnitten ist, gibt dem Erben das Recht, während einer grundsätzlichen Frist von drei Monaten sich darüber klar zu werden, ob er das Geschäft mit alter Firma verbunden mit der unbeschränkten Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten des Erblassers fortführen, dasselbe auflösen oder eine neue Firma wählen will. Nun geht es in unserem Falle nicht darum, ob für diese Rechtsform jene Firma gewählt werden kann, sondern um die Frage, in welcher Rechtsform überhaupt das Geschäft betrieben werden kann. Gleichwohl sind die beiden Fälle insofern ähnlich, als es sich beides Mal darum handelt, daß sich der oder die Erben über die endgültige Fortführung der ererbten Einzelfirma schlüssig werden [6].

Das unabweisbare Verkehrsbedürfnis, die Erbengemeinschaft wenigstens befristet als Inhaberin eines vollkaufmännischen Unternehmens zuzulassen, steht somit fest. Nur liegen die Argumente, die hierfür vorgebracht wurden, vorwiegend auf wirtschaftlichem Gebiete. Gleichwohl sind sie auch für die Rechtsanwendung von Bedeutung [7]. So haben das Reichsgericht und der BGH zutreffend die rein formalistische Rechtsanwendung auf anderen Gebieten als auf dem des Gesellschaftsrechts überwunden. Es sei hier auf die Schaffung des Instituts der Sicherungsübereignung [8] entgegen dem Gebot des Besitzpfandrechts, auf die Abtretung unpfändbarer Forderungen [9] entgegen § 406 BGB und auf den Durchgriff [10] auf das persönliche Substrat einer juristischen Person verwiesen.

4) Bunge, ZAkDR 1940, 193; Bolte, ZHR, 51, 447

5) Heintzenberg, S. 74, weist zutreffend darauf hin, daß die Liquidität des Geschäfts zu sehr leiden würde, wollte man neben den Steuerforderungen auch noch sofort Ausgleichsforderungen zulassen, die bei einer augenblicklichen Auseinandersetzung und Übertragung des Geschäfts an einen Erben entstehen würden.

6) Echarti, LZ 1913, Sp. 664; Denkschrift, S. 38

7) RGZ 102, 274; Paulick, a. a. O., S. 40; Geiler, "Die wirtschaftsrechtliche Methode im Gesellschaftsrecht" in Gruchot's Beiträge, Bd. 68, 593 ff

8) RGZ, Warneyer Rspr. 1913, Nr. 201; RGZ 132, 186

9) BGHZ 4, 153 ff, 156

10) Vgl. RG in JW 1931, 40; RGZ 99, 234 und 156, 277; BGHZ 10, 205 ff; 15, 27 (30); 20, 13 und 22, 226 ff und zum Ganzen Rolf Serick, Rechtsform und Realität Juristischer Personen, Berlin-Tübingen, 1955

§ 6

DIE ERBENGEMEINSCHAFT ALS ZEITLICH BEGRENZTE INHABERIN EINES VOLLKAUFMÄNNISCHEN HANDELSGESCHÄFTS - EINE SCHÖPFUNG RICHTERLICHER RECHTSFORTBILDUNG

Der dargelegten praktischen und wirtschaftlichen Notwendigkeit einer zeitlich begrenzten Zulassung der Erbengemeinschaft als Inhaberin eines ererbten Handelsgeschäfts steht das Ergebnis des I. Teils dieser Arbeit entgegen. Dort ist festgestellt worden, daß das Gesetz die Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts nicht kennt [1]. Ehe nun in den heute so beliebten Ruf nach dem Gesetzgeber eingestimmt wird, gilt es, sich mit der langen Reihe von Entscheidungen [2] zu befassen, durch die die Erbengemeinschaft zur Fortführung eines Handelsgeschäfts zugelassen wurde. Nun ist zwar gezeigt worden, daß die Begründung dieser Rechtsprechung, die teils an die sogenannte Typenfreiheit im Gesellschaftsrecht, teils an die Bestimmungen der §§ 22 und 27 HGB anknüpft oder gar nur auf die Möglichkeit, das Geschäft in Verwaltung des Nachlasses fortzuführen, verweist, nicht dem Gesetz entspricht. Hierbei darf aber die Untersuchung nicht stehen bleiben, ist es doch ein oft festgestelltes Phänomen, daß sich die wahre Begründung einer solchen Rechtsprechung gleichsam hinter einem Schleier angeblich die gewählte Lösung fordernder Gesetzesbestimmungen versteckt [3]. Unsere Aufgabe wird es deshalb sein aufzuspüren, ob nicht hinter einem solchen Schleier die Ausbildung eines neuen Rechtsinstituts stattgefunden hat. Dabei wird zuerst die Befugnis des Richters zur Rechtsfortbildung zu untersuchen sein, da die richterliche Rechtsfortbildung auch heute noch keineswegs unbestritten oder genau geklärt ist.

---

1) Vgl. § 3, III. 2a

2) Die Reihe beginnt ROHG 11, 101 ff aus dem Jahre 1873 und läßt sich bis BGHZ 32, 60 aus dem Jahre 1960 verfolgen. Zu den dazwischen liegenden Entscheidungen vgl. Fußnote 6 (§ 2).

3) Für die Rechtsprechung zu den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte vgl. Gernhuber, Festschrift für Nikisch, S. 249 ff; zum Problem der Formstrenge vgl. Gernhuber, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 181 ff, für die zur Sicherungsübereignung Larenz, Methodenlehre, S. 304, und zum Ganzen Larenz, Festschrift für Nikisch, S. 297

I. Die richterliche Rechtsfortbildung

Zur generell verbindlichen Normsetzung ist im gewaltenteilenden Rechtsstaat [4] grundsätzlich allein der Gesetzgeber [5] berufen. Demgegenüber ist die autoritative Rechtsanwendung die eigentliche Aufgabe der Rechtsprechung. Regelfall der Rechtsanwendung ist die logische Subsumtion des festgestellten Sachverhaltes unter den Wortlaut der in Betracht kommenden gesetzlichen Tatbestände [6]. Da der Gesetzgeber mit seinen abstrakten Tatbestandsformulierungen die Mannigfaltigkeit des Lebens nicht voll einfangen kann und die Grenzen der bei der Tatbestandsbeschreibung verwandten Begriffe nicht ausreichend scharf sind, wird die logische Subsumtion des konkreten Sachverhaltes keineswegs immer zum richtigen Ergebnis führen. Der Richter hat deshalb das Gesetz auszulegen [7]; jedoch erschöpft sich in der eigentlichen Auslegung die Tätigkeit des Richters nicht. Seitdem das Dogma von der "Lückenlosigkeit" oder "logischen Geschlossenheit" der positiven Rechtsordnung überwunden ist [8], weil man erkannt hat, daß ein auch noch so sorgfältig gefaßtes Gesetz nicht für jeden Fall eine Regel enthalten kann, wird dem Richter die Befugnis zugesprochen, die Lücken des Gesetzes [9] auszufüllen [10]. Der Richter geht hierbei über die extensive Auslegung hinaus, indem es sich nicht mehr nur um eine Klarstellung oder Präzisierung des Gesetzestextes handelt, sondern um eine Abweichung in Gestalt einer Hinzufügung oder Korrek-

---

4) So Art. 20, Abs. 2, S. 2 GG, vgl. dazu die bei Nipperdey, Allg. Teil I, S. 315, FN 3 zitierte Literatur

5) Ausnahmsweise auch die Exekutive (Art. 80 GG) und die Rechtsprechung (§ 31 BVGG); vgl. dazu Lechner, Anm. I a-f BVGG § 31; Forsthoff, DÖV 1959, 41 ff

6) Im einzelnen vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 195 ff

7) Zu den Kriterien der Auslegung vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 195; Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung

8) Zittelmann, Lücken im Recht; Jung, AcP 118, 101 ff; Boehmer, Grundlagen II/1; Meyer-Hayoz, Der Richter, S. 26; Less, Richterrecht, S. 27 und Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S. 81; Art. 1, Abs. II Schweizer ZGB; Art. 6 Span. Código Civil und Art. 1, Abs. 2 Ägyptisches ZGB

9) Der Begriff "Gesetzeslücke" steht hier pars pro toto, genauer wäre von "Lücken der vorhandenen Rechtsnormen" zu sprechen. Vgl. auch Larenz, Methodenlehre, S. 279

10) Beispiele aus der Rechtsprechung: BGHZ 3, 315; 4, 147; 17, 257; 18, 49; BSG 2, 168 u. 6, 211 sowie BFH, BStBl III, 121
Beispiele aus der Literatur: Nipperdey, Allg. Teil I, §§ 51, 59 und 58; Sauer, Methodenlehre, § 37; Bender JZ 57, 601; Esser, Studium Generale 1959, 97 ff; Staudinger-Brändl, Einl., Anm. 62; Larenz, Methodenlehre, S. 279

tur, also um eine Rechtsfortbildung [11] "praeter legem".

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Richter auch befugt ist, eine gesetzliche Regelung umzubilden oder sogar neue Rechtsinstitute zu schaffen, die das Gesetz nicht kennt, d.h., das Recht contra legem fortzubilden. Die Zulässigkeit und Voraussetzungen einer solchen Rechtsfortbildung sind umstritten [12].

Diese Schichten richterlicher Rechtsschöpfung werden im einzelnen darzustellen sein.

1. Rechtsschöpfung praeter legem

a) Die Zulässigkeit

Die Befugnis des Richters zur Gesetzesergänzung wird überwiegend [13] damit begründet, daß der Richter die Pflicht habe, auf jede auftauchende Rechtsfrage eine Antwort zu geben [14], er sich aber dieser Pflicht nur entledigen könne, wenn er das lückenhafte Gesetz selbst ausfülle. Dagegen könne nicht eingewandt werden, daß der Richter an das Gesetz gebunden sei (Art. 97 GG; § 1 GVG). Die Bindung der rechtsprechenden Gewalt an das Gesetz schließe die Möglichkeit richterlicher Gesetzesergänzung nicht aus, da diese in ihren Voraussetzungen eben nur dann eingreifen solle, wenn eine Lücke vorhanden sei, eine gesetzliche Regelung also nicht bestehe [15]. In diesem Umfang sei auch dem Richter durch die verschiedenen Gesetze, wie z.B. §§ 137 GVG, 45, Abs. II/2 AGG, § 43 SGG und § 11, Abs. IV VwGO [16] ausdrücklich der Auftrag zur Rechtsfortbildung gegeben worden. Die Berechtigung des Richters zur Rechtsschöpfung praeter legem wird daneben vertiefend aus der Erkenntnis abzuleiten sein, daß die Ausfüllung einer Gesetzeslücke

---

11) Daß es sich hierbei um Rechtsfortbildung handelt, wird heute noch überwiegend angenommen; vgl. BGHZ 3, 315 und BSG 2, 168 sowie Larenz, a.a.O., S. 279; Nipperdey, a.a.O., §§ 58, 59; Bartholomeyczik, a.a.O., S. 80; Staudinger-Brändl, a.a.O., Anm. 62; Boehmer, Grundlagen II/1, 165; Jesch, JZ 63, 243; zweifelnd Bachof, JZ 63, 697

12) Larenz, Methodenlehre, S. 319

13) Nipperdey, Allg. Teil I, S. 319; Bender, JZ 1957, 599

14) Diese Pflicht ist gewohnheitsrechtlich anerkannt (vgl. z.B. Art. 4 Code Civil) und heute ausdrücklich in Art. 6 der Konvention des Europarats zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (BGBl. II, S. 686) ausgesprochen.

15) Nipperdey, a.a.O., Larenz, Methodenlehre, S. 278 und insbes. BGHZ 3, 315

16) Zum Streit, ob auch Art. 20, III GG eine solche Norm darstellt, siehe Nipperdey, a.a.O., S. 318; Schmidt-Vortrag, S. 12 ff; Maunz-Dürig, Art. 20 GG, Anm. 72; Darmstädter NJW 1957, 769 ff

und die eigentliche Interpretation nicht wesensverschieden, sondern vielmehr nur Modalitäten einer richterlichen Tätigkeit, nämlich des Findens des richtigen Rechts, sind [17]. Ob der Richter den festgestellten Sachverhalt mit Hilfe von Interpretationsmitteln unter eine Norm bringt, oder ob er eine Normenlücke feststellt, ist allein eine Frage der richterlichen Wertung. Insofern ist auch schon die Auslegung eine rechtsschöpferische Tätigkeit [18]. Sieht man die Bedeutung des Art. 97 GG nicht in einer Bindung an das Gesetz als einer nicht mehr fortbildungsfähigen Norm [19], ist dem Richter die Gesetzesergänzung erlaubt. Die Lückenausfüllung wird dann durch Art. 97 GG geradezu gefordert, da der Richter das Gesetz stets seinem Sinn gemäß anzuwenden hat.

b) Die Voraussetzungen

Nach dem Gesagten hängt die richterliche Rechtsfortbildung praeter legem von der Feststellung einer Gesetzeslücke ab. Es gilt daher zu untersuchen, was eine Gesetzeslücke ist und wann sie vorliegt [20].

Geht man von dem Grundsatz aus, daß die Rechtsordnung vollständig zu sein hat, weil der Richter, der in einem Rechtsstreit um eine Entscheidung angegangen wird (sofern er zuständig ist und die sonstigen Prozeßvoraussetzungen vorliegen), ein Sachurteil nicht verweigern darf [21], scheint eine Gesetzeslücke immer dann vorzuliegen, wenn das Gesetz schweigt [22]. Nun kann es aber durchaus sein, daß der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, bestimmte Lebensverhältnisse dem Recht zu unterwerfen. Hier liegt keine Lücke vor, sondern ein sogenannter rechtsfreier Raum [23]. Andererseits finden sich auch Fälle, in denen das Schweigen des Gesetzes "beredt" ist; dies insbesondere dann, wenn das Gesetz einen Grundsatz von überragender Be-

17) Siebert, Methode, S. 15; Esser, Grundsatz und Norm, S. 259; Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 243; Engisch in Festschr. f. Sauer, S. 90; Wieacker, Vortrag, S. 6, 7; Larenz, Methodenlehre, 273 ff; Bachof, JZ 63, 699

18) Larenz, Methodenlehre, S. 274; Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, S. 8

19) So zutreffend BGHZ 3, 315 und Larenz, Methodenlehre, S. 278

20) Hierüber gibt es eine unabsehbare Literatur, vgl. u. a. Zittelmann, Lücken im Recht; Engisch, a. a. O., S. 85 ff; Meyer-Hayoz, a. a. O., S. 59 ff; Larenz, Gegenstand und Methode, S. 11 ff; Isay, Rechtsnorm, S. 223; Stoll, Methodenlehre, S. 18; Nipperdey, Allg. Teil I, § 58; Bartholomeyczik, a. a. O., S. 81

21) Vgl. Fußnote 14

22) Das Gesetz schweigt nicht bei den sog. Generalklauseln, den Lücken "intra legem"; vgl. dazu Nipperdey, Allg. Teil I, S. 337 und die dort angeführte Literatur.

23) Vgl. dazu Nipperdey, Allg. Teil I, Fußnote 4 zu S. 337; Larenz, Methodenlehre, S. 279

deutung streng durchführen will und deshalb Durchbrechungen nur in bestimmten, genau erwogenen Fällen zulassen will (sog. argumentum e contrario) [24]. Ist ein solcher Umkehrschluß geboten, bedeutet dies zumeist, daß eine Gesetzeslücke nicht vorliegt [25].

Dagegen liegt unstreitig eine Lücke des Gesetzes vor, wenn eine Norm nicht angewandt werden kann, ohne daß sie durch eine weitere Bestimmung, die im Gesetz fehlt, ergänzt wird. Dies wird als "Normlücke" [26] bezeichnet.

Eine Lücke des Gesetzes liegt jedoch auch vor, wenn nicht die einzelne Norm in sich unvollständig ist, sondern eine bestimmte gesetzliche Regelung als Ganzes. Hier fehlt eine besondere Bestimmung für einen Fall, der im Zusammenhang mit der Regelung eines bestimmten Sachbereiches mit normiert werden muß. Es liegt eine "Regelungslücke" [27] vor. In Ermangelung einer Norm könnte zwar negativ entschieden werden, d.h., der festgestellte Sachverhalt ohne Rechtsfolge gelassen werden, dies aber würde dem Sinn, dem Grundgedanken und dem teleologischen Zusammenhang der Regelung widersprechen. Die Regelungslücken können in "offene" und "verdeckte" [28] Lücken eingeteilt werden. Von "offener" Lücke spricht man dann, wenn die ausgelegte Bestimmung zu eng ist, um den festgestellten Sachverhalt darunter subsumieren zu können. Bei der "verdeckten" Lücke handelt es sich um diejenigen Fälle, in denen eine den Sachverhalt deckende Norm zwar vorhanden ist, aber nach dem Sinn des Gesetzes nicht paßt, d.h., eine Ausnahmebestimmung vergessen worden ist [29].

---

24) Der den Umkehrschluß erlaubende ausschließende Charakter des betreffenden Rechtssatzes muß allerdings jeweils erst durch Auslegung ermittelt werden (vgl. Klug, Juristische Logik, 2. Aufl., S. 129 ff; Bartholomeyczik, a.a.O., S. 92)

25) Doch kann auch der Umkehrschluß eine Lücke sichtbar machen. Vgl. §§ 306, 275, II BGB und dazu Larenz, Methodenlehre, S. 296

26) So z.B. Larenz, Methodenlehre, S. 280; Bartholomeyczik, S. 83; Zittelmann, a.a.O., S. 27 ff spricht hier von "echter Lücke". Beispiel § 904 BGB

27) Der Verfasser folgt in der Terminologie Larenz, Methodenlehre, vgl. S. 281; Bartholomeyczik, a.a.O., S. 83 spricht hier von "Entscheidungslücken" und Zittelmann, a.a.O., von "unechten" Lücken. Zu der Einteilung nach dem Entstehungsgrund der Lücken vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 286. Eine Regelungslücke ist auch die sog. Kollisionslücke, d.h., die Fälle der doppelten Regelung, ohne daß eine Bestimmung den Vorrang vor der anderen hat (vgl. Nipperdey, Allg. Teil I, § 58).

28) So Larenz, Methodenlehre, S. 281 ff

29) Diese Unterscheidung ist fließend. Wenn man mit Zittelmann, Lücken im Recht, S. 19, einen sog. "allgemeinen negativen Grundsatz" annimmt, gibt es allerdings nur "verdeckte" Lücken. Vgl. dagegen Engisch in Festschr. für Sauer, S. 95 ff

Die Regelungslücken im aufgezeigten Sinne werden allgemein als Gesetzeslücken anerkannt, zu deren Ausfüllung der Richter befugt ist [30]. Streitig ist dagegen, wie die Regelungslücke vom Fehler lediglich im rechtspolitischen Sinn (de lege ferenda) abzugrenzen ist [31]. Richtiges Unterscheidungsmerkmal kann nur sein, ob das Gesetz gemessen am Richtigkeitsgedanken der in ihm selbst niedergelegten rechtspolitischen Zwecksetzung lückenhaft erscheint [32]. Eine Regelungslücke liegt demnach vor, wenn eine Bestimmung fehlt, die nach dem Grundgedanken und der immanenten Teleologie der gesetzlichen Normierungen vorhanden sein müßte. Ein Fehler (de lege ferenda) ist gegeben, wenn die Regelung lediglich vom Standpunkt einer dem Gesetz gegenüber selbständigen kritischen Würdigung unvollständig erscheint [33].

c) Die Ausfüllung der Gesetzeslücken

Die Ausfüllung der "Normlücken" sowie der "offenen"Gesetzeslücken geschieht regelmäßig durch Analogie [34]. Hier wird aus den feststellbaren legislativen Wertungen vergleichbarer ähnlicher Interessenlagen induktiv ein für die Entscheidung der ungeregelten Interessenlage maßgeblicher Wertungsobersatz gefunden, aus dem dann deduktiv die rechtliche Beurteilung des ungeregelten Sachverhalts gewonnen wird [35]. Wird der Grundgedanke einer Einzelnorm entnommen, spricht man von Einzelanalogie, wird er aus einer Mehrzahl von Rechtsvorschriften abgelesen, von Gesamtanalogie [36]. Als weiter geläufige Schlußverfahren finden sich daneben noch das argumentum a fortiori, a maiore ad minus und a minore ad maius u. ä. [37].

---

30) Larenz, Methodenlehre, S. 281; Bartholomeyczik, a. a. O., S. 71 ff; Nipperdey, Allg. Teil I, §§ 58, 59; Boehmer, Grundlagen II/1, S. 165 ff und die jeweils zitierte Literatur; RGZ 162, 247

31) Vgl. z. B. Nipperdey, §§ 58, 59 einerseits und Sauer, Methodenlehre, S. 283 andererseits

32) Larenz, Methodenlehre, S. 281 ff; Bartholomeyczik, a. a. O., S. 71 ff; Nipperdey, Allg. Teil I, § 59

33) Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, daß diese Abgrenzung nicht formallogisch vorgenommen werden kann, sondern immer eine Frage der Wertung ist. Hierauf weist insbes. Esser, Grundsatz und Norm, S. 252 hin. Vgl. auch Wieacker-Vortrag

34) Larenz, Methodenlehre, S. 293 ff; Boehmer, Grundlagen II/1, S. 168 ff; Bartholomeyczik, a. a. O., S. 71 ff; BGHZ 6, 105 ff

35) Vgl. zur Methode der Analogie im einzelnen Larenz, Methodenlehre, S. 287 ff

36) So Larenz, Methodenlehre, S. 287 ff; geläufig ist auch die Unterscheidung nach Gesetzes- und Rechtsanalogie, vgl. Boehmer, Grundlagen II/1, S. 168

37) Hierzu vgl. im einzelnen Klug, Juristische Logik, 1951, §§ 11-15

Greifen diese Hilfsmittel nicht durch, so ist auf den Art. 1 II/III des Schweizer ZGB zurückzugreifen [38]. Der Richter hat dann die Regel so zu bilden, wie er sie als Gesetzgeber aufstellen würde. Das bedeutet "eine überindividuelle Bindung, die den Subjektivismus eines nur am konkreten Falle orientierten Rechtsgefühls ausschließt" [39].

Die "verdeckten" Gesetzeslücken dagegen werden durch die "teleologische Reduktion" [40] geschlossen. Hierbei handelt es sich um ein Gegenstück zur Analogie [41]. Findet diese ihre Rechtfertigung im Gebot, "Gleiches gleich" zu behandeln, so erklärt sich die teleologische Reduktion aus dem Grundsatz, "Ungleiches ungleich" zu behandeln [42].

2. Die Rechtsschöpfung contra legem

a) Die Zulässigkeit

Die Ordnungsvorstellungen des Gesetzgebers können, wie gezeigt wurde, nicht nur lückenhaft, sie können auch fehlerhaft sein, sei es, daß dem Gesetzgeber bereits bei Erlaß der Normen Anschauungs-, Denk- oder Wertungsfehler unterlaufen sind, sei es, daß sich später die sachlichen Gegebenheiten geändert haben oder ein Wertwandel stattgefunden hat.

Die Befugnis des Richters, in diesen Fällen das Recht contra legem fortzubilden, ist umstritten. Insbesondere das BVerfG steht einer richterlichen "Rechtsfortbildungskompetenz" [43] contra legem zweifelnd gegenüber [44], da der Richter auf

---

38) Boehmer, Grundlagen II/1; Nipperdey, Allg. Teil I, § 58; Siebert, Methode, Fußnote 44, S. 15; Staudinger-Brändl, Allg. Teil, Einl. RNr. 73; Rümelin, AcP 122, 292; Planck-Knocke I, Einl. unter VII

39) Boehmer, Grundlagen II/1, S. 175

40) So Larenz, Methodenlehre, S. 296; Nipperdey, Allg. Teil I, § 59, spricht von Restriktion.

41) Dahm, Deutsches Recht, 2. Aufl., S. 62 spricht deshalb geradezu von "Gegenanalogie".

42) Vgl. zu dieser Methode im einzelnen: Larenz, Methodenlehre, S. 296 und Nipperdey, Allg. Teil I, § 59. Zu beachten ist, daß die teleologische Reduktion nicht schon immer dann gerechtfertigt ist, wenn die "ratio legis" in einem Einzelfall nicht zutrifft, denn mit dem Gesetz wird grundsätzlich eine generelle Regelung erstrebt, die es auf alle unter den Tatbestand zu bringenden Fälle angewandt wissen will.

43) Bachof, JZ 63, 697

44) BVerfGE 8, 33 ff; 8, 220 ff; 9, 102; 9, 117 ff

diese Weise "in verfassungsrechtlich unhaltbarer Weise in die Kompetenzen des Gesetzgebers" eingriffe [45].

Auszugehen ist von der Bindung des Richters an das Gesetz (Art. 97 GG) und an die Kompetenz, die ihm verfassungsrechtlich eingeräumt ist (Art. 20, II, 2 GG). Beides versagt ihm grundsätzlich ein Hinwegsetzen über den Gesetzeswillen [46] und die Schöpfung einer neuen Norm. Nun hat aber einmal das Gewaltentrennungsprinzip im Verlaufe der Geschichte einen Bedeutungswandel erfahren: aus einem reinen "Schutzprinzip" gegen Übergriffe des Monarchen wurde in der Demokratie weitgehend ein bloßes Funktionsteilungsprinzip [47]. Zugleich zeigt Art. 20, III GG, daß es eine starre Bindung an das Gesetz [48] nicht gibt, sie vielmehr nur insofern gültig ist, als "Positivität" und "Wertgehalt" zusammenfallen [49]. Darnach vollzieht sich die Aufgabe der Rechtsprechung in der Verwirklichung des Rechts in der Entscheidung des Einzelfalls, wobei das Gesetz nur eine Erscheinungsform des Rechts ist [50]. Hieraus folgt die Befugnis des Richters, dem "Recht" als dem "Wertgehalt ohne Positivität" gegenüber dem "Gesetz" (Positivität ohne Wertgehalt) zum Durchbruch zu verhelfen. Noch eine andere Überlegung führt dazu, dem Richter eine "Rechtfortbildungskompetenz" auch contra legem zuzusprechen: der weitgehende Funktionswandel des Gesetzes [51].

In der Zeit der uneingeschränkten Geltung des Gesetzespositivismus stand noch das "klassische Gesetz" im Mittelpunkt des gesetzgeberischen Schaffens. Dieses war dadurch gekennzeichnet, daß es allgemeine, abstrakte, auf die Dauer ange-

---

45) BVerfGE 8, 220

46) Es sei denn, er erachte das Gesetz für verfassungswidrig, wobei er hier allerdings nicht selbst entscheiden darf, sondern das zuständige Verfassungsgericht anzurufen hat.

47) Forsthoff, VerwR § 1, S. 2 und Bachof, JZ 63, 699. Vgl. v. Mangoldt-Klein, Anm. V 5b zu Art. 20 GG.

48) So aber der Gesetzespositivismus. Vgl. hierzu Larenz, Methodenlehre, S. 16 ff; Boehmer, Grundlagen II/1, S. 59 ff

49) Dann bedeutet "Gesetz" in Art. 97 GG Positivität ohne Wertgehalt und "Recht" in Art. 20, III GG Wertgehalt ohne Positivität. Vgl. Mangoldt-Klein, a. a. O., abweichend Maunz-Dürig, RNr. 72 zu Art. 20 GG und die dort zitierte Literatur.

50) Ebenso Larenz, Methodenlehre, S. 319; Bender, JZ 1957, 600 mit weiteren Literaturnachweisen; Less, Richterrecht, S. 48

51) Diesen Gesichtspunkt hat insbes. Bachof herausgearbeitet, vgl. zum folgenden: Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, S. 27 ff; Festschrift für Huber, S. 38 ff und JZ 63, 699 ff. Siehe auch Gernhuber, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 171

legte Normen aufstellte. Demgegenüber ist das Gesetz im modernen Sozialstaat zu charakterisieren "als zweckorientierter Akt politischer Gestaltung, als eine zur Bewältigung einer ganz konkreten Sachlage bestimmte und daher kurzfristige, oft im Widerstreit entgegengesetzter Gruppeninteressen ausgehandelte Maßnahme"[52]. In dem Maß, in dem die verschiedensten Gruppeninteressen Eingang in das Gesetz fanden, wird naturgemäß der Streit um den Vorrang des einen oder des anderen konkreten Interesses in das Gesetzgebungsorgan hineingetragen. Das hat zur Folge, daß dieses Organ blind für eine gerechte Wertabwägung wird, denn den eigenen Interessen steht nun einmal niemand völlig objektiv gegenüber.

Der Funktionswandel des Gesetzes ist weiter bedingt durch die Strukturänderung, die das moderne Parlament erfahren hat. Aus einem Parlament unabhängiger, sich nur dem Gesamtwohl verantwortlich fühlender Persönlichkeiten ist eine Repräsentation parteigebundener Mandate geworden. Das hat die Gefahr eines "Absolutismus der Parlamentsmehrheit" heraufbeschworen, die gleichfalls eine mangelnde Objektivität des Gesetzgebungsorgans beinhaltet.

Der Funktionswandel des Gesetzes hatte einen erheblichen Anstieg der Arbeitslast des Parlaments zur Folge, was zweierlei bewirkte: Einmal kann das Gesetzgebungsorgan bei allem guten Willen auf das einzelne Gesetz nicht mehr die Sorgfalt und Zeit aufwenden, die notwendig wären, um ein wertausgewogenes Recht zu erhalten. So kann man bei dem Bundestagsabgeordneten Arndt "von der Not der gesetzgeberischen Last unserer Jahre" [53] lesen; in derselben Schrift wird sogar von einer "Fließbandproduktion von Gesetzen" gesprochen. Zum zweiten führt die Überlastung des Gesetzgebers dazu, daß er den an ihn gestellten Anforderungen nicht mehr gerecht werden kann. Neue Vorschriften, die das soziale Leben fordert, werden nicht geschaffen, "Gesetzesfehler" warten vergeblich auf eine Berichtigung.

Will der Richter das Vertrauen der Rechtssuchenden nicht enttäuschen, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als durch eigene Rechtsschöpfung dem rechtverstandenen Sinn und Zweck zum Durchbruch zu verhelfen. In gewissem Umfang kann daher dem Richter eine "Rechtsfortbildungskompetenz" nicht abgesprochen werden [54].

---

52) Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, S. 29

53) Arndt, Das Bild des Richters, S. 14

54) Vgl. die bei Esser, JZ 53, 521 in FN 4 u. 5 zitierte Literatur; Gernhuber, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 171; Boehmer, Grundlagen II, 1 S. 183; Bender, JZ 1957, 600 ff

b) Die Voraussetzungen

Bedenkt man die grundsätzliche Bindung des Richters an das Gesetz, so wird ohne weiteres einsichtig, daß seine Berechtigung zur Rechtsfortbildung contra legem nicht schrankenlos bestehen kann, sondern genau umrissene Grenzen eingehalten werden müssen. Hinzu kommt, daß gerade auch die formelle Gesetzestreue des Richters der Rechtssicherheit und damit letztlich der Gerechtigkeit dient [55]. Die Befugnis des Richters kann also immer nur ultima ratio sein, d.h., "immer nur dann gerechtfertigt sein, wenn sich anderenfalls das Rechtsempfinden in unerträglichem Maße beleidigt fühlt" [56]. Die Forderung nach der Neuschöpfung muß derart drängend werden, daß sich auch der Gesetzgeber ihr nicht entziehen könnte. Versuche, die volle Objektivierung dieser Richtermacht zu erreichen, sind viele gemacht worden [57]. Allerdings zeigte sich bald, daß dies ein unmögliches Beginnen darstellt, denn jede Formulierung mußte dem Richter einen Ermessensspielraum lassen [58]. Dies läßt sich auch gar nicht vermeiden, da sich die Rechtsschöpfung contra legem letztlich in einer richterlichen Wertung vollzieht [59].

Neuerdings hat Larenz [60] den Versuch unternommen, die Grenzen aus "dem Wesen der spezifischen Aufgabe der Rechtsprechung" zu bestimmen. Er geht davon aus, daß die Aufgabe des Richters darin liegt, in der Einzelentscheidung das "allgemeine Rechtsbewußtsein" zu verwirklichen. Dieses "allgemeine Rechtsbewußtsein" sei stets inhaltlich reicher als das Gesetz. Diesem dem Gesetz noch fremden Rechtsgedanken habe der Richter Geltung zu verschaffen, wenn sonst ein allgemeiner Rechtsnotstand entstehen würde. Ein solcher Zustand trete auf, falls ein "unabweisbares Verkehrsbedürfnis" nicht befriedigt werde, die "Natur der Sache" oder ein rechtsethisches Prinzip in einer für das allgemeine Rechtsbewußtsein unerträglichen Weise nicht berücksichtigt werde. Wie Larenz selbst einräumt, läßt auch diese Formel dem Richter einen "Ermessensspielraum" und bestimmt die Grenzen der Richtermacht nur "annähernd" [61]. Immerhin hat seine Formel den Vorteil, daß die "Rechtsfortbildungskompetenz" davon abhängig gemacht wird, ob ein unabweisbares Verkehrsbedürfnis, die "Natur der Sache"

---

55) Jung, Das Problem des natürlichen Rechts", 1912; Boehmer, Grundlagen II, 1, S. 178 ff; Gernhuber, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 161, Schmidt-Vortrag

56) Gernhuber, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 171/172

57) Vgl. die Zusammenstellung bei Boehmer, Grundlagen II, 1, S. 178

58) Gernhuber, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 171

59) Siebert, Methode, S. 15; Esser, Grundsatz und Norm, S. 259; Wieacker-Vortrag, S. 6 u. 7

60) Larenz, Methodenlehre, S. 320

61) Larenz, Methodenlehre, S. 319

oder ein "rechtsethisches Prinzip" festgestellt werden kann und dann erst in die vage Prüfung eingetreten wird, ob der herrschende Rechtszustand ganz allgemein als unerträglich empfunden wird. Diese Formel bedeutet eine gewisse Objektivierung der richterlichen Rechtsfortbildungskompetenz und verdient deshalb vor den anderen noch vageren Begrenzungen den Vorrang. Allerdings bleibt zu betonen, daß die letztere Prüfung immer unbedingt notwendig ist. Der Richter ist nicht Gesetzgeber. Er darf deshalb das Recht contra legem nur dann fortbilden, wenn ein evidenter "Rechtsnotstand" gegeben ist, der auf andere Weise nicht zu beheben und mit einem Eingreifen des Gesetzgebers in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist. Schließlich folgt aus dem Gesagten, daß der Richter eine allgemeine Regel finden muß und nicht nur für einen konkreten Streitfall vom Gesetz abweichen darf. Eine solche "Rechtsfortbildung" wäre aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit abzulehnen.

c) Die Maßstäbe richterlicher Rechtsfortbildung contra legem

Bei den Gesetzeslücken (Rechtsfortbildung praeter legem) ermöglichte das Gesetz selbst aus einem eigenen Gedankenzusammenhang heraus die Ergänzung. Bei der Rechtsschöpfung contra legem müssen dem Richter für die Umbildung der gesetzlichen Regelung oder die Schöpfung neuer Rechtsinstitute außerhalb des Gesetzes liegende Maßstäbe an die Hand gegeben werden, denn daß er hier nicht nur nach seinem Rechtsgefühl entscheiden kann und darf, ist selbstverständlich [62].

Es ist nun bekannt, daß der Bundesgerichtshof geneigt ist, von der Existenz zeitlos gültiger, vorgegebener Normen als Sittengesetz auszugehen und die Bindung des Richters an diese Normen als bewiesen anzusehen [63]. Demgegenüber hat Welzel den überzeugenden Nachweis geliefert, daß die Existenz evidenter Naturrechtssätze, die jedermann mit Hilfe seines Gewissens ableiten könne, ein "Wunschgedanke" ist [64].

Allgemeine Naturrechtssätze scheiden damit als Maßstab der Rechtsfortbildung aus. Es ist das Verdienst Essers [65], demgegenüber herausgearbeitet zu haben, daß sich der Richter bei seiner Aufgabe auf Kunstregeln und Rechtsprinzipien stützen kann, die sich im "allgemeinen Rechtsbewußtsein" bereits entwickelt haben, im

62) Esser, Grundsatz und Norm, S. 65 und 151

63) BGHZ 8, 243; BGHSt 6, 53; vgl. weiter Less, Richterrecht, S. 48; Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts

64) H. Welzel, Naturrecht und materielle Gerechtigkeit, 1951, u. Vom Irrenden Gewissen, 1949; vgl. hierzu auch Esser, Grundsatz und Norm, S. 40 ff

65) Esser, Grundsatz und Norm. Vgl. auch Wieacker, Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel, JZ 57, 701 ff

Gesetz aber noch keinen oder nur einen andeutungsweisen Ausdruck gefunden haben. Maßstab und Voraussetzungen richterlicher Rechtsfortbildung contra legem gehen dann allerdings ineinander über, da die Rechtsprinzipien beides sind.

Aber auch die Wissenschaft hat, wie Larenz [66] richtig betont, in diesem Prozeß eine wichtige Aufgabe. Sie hat dafür Sorge zu tragen, daß sich die Schaffung und Ausgestaltung des neuen Rechtsinstituts "möglichst organisch in die Rechtsordnung einfügt, d.h., den Rahmen des Gesetzes nicht unnötig sprengt, schon geprägte Begriffe ohne Veränderung ihres Sinngehalts übernimmt und den Anschluß an verwandte Erscheinungen wahrt" [67]. Das Gelingen dieser Aufgabe bedeutet zugleich die Bestätigung der Richtigkeit des neuen Rechtsinstituts selbst.

3. Die Bedeutung der durch die richterliche Rechtsfortbildung geschaffenen Regelung

Ist die Gesetzeslücke ausgefüllt, der Gesetzesfehler in zulässiger Weise beseitigt, fragt es sich, welche Rechtsqualität der vom Richter gefundenen Regelung zukommt. Hier sind drei Möglichkeiten denkbar: 1. Es handelt sich um einen Rechtssatz, der im Gesetz von Anfang an enthalten war und nur nicht erkannt wurde. 2. Es liegt ein Rechtssatz vor, der durch einen Willensakt des Richters gesetzt wurde. 3. Wir haben es lediglich mit einer Entscheidungsregel zu tun.

Für den die Lücke im Gesetz ausfüllenden Satz wird vertreten, er sei als solcher im Gesetz von Anfang an enthalten [68]. Diese Auffassung ist abzulehnen. Sie verkennt, daß auch bei der Rechtsfortbildung praeter legem die Lücke durch einen schöpferischen Erkenntnisprozeß geschlossen wird. Hinzukommt, wie Larenz [69] richtig betont, daß ein Rechtssatz, der noch nicht erkannt, auch nicht als Norm existent ist, die das Rechtsleben bestimmt. Die Regel fußt zwar noch mittelbar auf der Rechtsordnung, ihre unmittelbare Wirkung gewinnt sie aber erst durch den rechtsschöpferischen Akt des Richters.

Abzulehnen ist aber ebenso die Auffassung - für die Rechtsfortbildung praeter wie contra legem -, daß die Regel auf einem "gesetzgeberischen Entschluß" [70] des Richters beruhe. So weit geht, wie gezeigt, die Befugnis des Richters nicht.

Es handelt sich vielmehr um eine Entscheidungsregel, die beansprucht, "richtig" zu sein, weil sie auf methodisch richtigem, jedem nachvollziehbarem Weg ge-

---

66) Larenz, Methodenlehre, S. 320; vgl. auch BGHZ 38, 279
67) Larenz, wie Fußnote 66
68) z.B. Zittelmann, Lücken im Recht, S. 25; Sauer, Methodenlehre, S. 281
69) Larenz, Methodenlehre, S. 301
70) Less, Richterrecht, S. 26

funden wurde [71].

Die Rechtsfortbildung bindet die Gerichte daher ebensowenig wie eine Interpretation, sie trägt lediglich die Tendenz in sich, zu Gewohnheitsrecht zu erstarken [72].

II. Die zeitlich begrenzte Zulassung der Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts

In der Rechtswirklichkeit findet sich zwar eine lange Reihe von Entscheidungen [73], die die Erbengemeinschaft als Rechtsform für den Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts zulassen, grundsätzlich wird aber versucht, dies aus dem Gesetz mit den verschiedenartigsten Thesen zu rechtfertigen, wie die Untersuchung "Die Begründung der herrschenden Lehre" (§ 2, I) gezeigt hat. Mit Ausnahme einer einzigen Entscheidung [74] des Kammergerichts können wir dagegen nirgendwo lesen, diese Rechtsprechung sei Ausdruck eines neuen Rechtsgedankens, dessen Verwirklichung ein "überragendes Verkehrsbedürfnis", die "Natur der Sache", ein "Rechtsprinzip" zwingend verlange. Da nach dem Ergebnis des ersten Teils der Arbeit feststeht, daß die Gründe der herrschenden Lehre ihre Entscheidungen nicht zu decken vermögen, ist es an uns, die oben aufgeworfene Frage nach der Verwirklichung eines neuen Rechtsgedankens durch richterliche Rechtsschöpfung zu stellen; dies um so mehr, als es, wie gesagt, ein oft festgestelltes Phänomen ist, daß sich die wahre Rechtfertigung einer solchen Rechtsprechung gleichsam hinter einem Schleier angeblich die Lösung fordernder Gesetzesbestimmungen versteckt. Den "Schleier" hat die Kritik der Thesen der herrschenden Lehre entfernt. Was übrig bleibt, ist der Rechtsgedanke, eine Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines vollkaufmännischen Unternehmens zuzulassen.

1. Die Nichtzulassung der Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgeschäfts - ein Gesetzesfehler

Die vorangegangenen Untersuchungen haben ergeben, daß Umfang und Voraussetzungen richterlicher Rechtsfortbildung davon abhängen, ob lediglich eine "Geset-

---

71) Wie Esser (JZ 53, 521) zutreffend sieht, ist es falsch zu meinen, Recht könne nur durch "Setzung" entstehen.

72) Nipperdey, a. a. O.; Boehmer, a. a. O.

73) Vgl. Fußnote 6 (§ 2)

74) KG, HRR 1932, 749

zeslücke" (praeter legem) geschlossen oder ein "Fehler" (contra legem) berichtigt werden soll.

Eine Lücke ist gegeben, wenn das Gesetz aus der eigenen Teleologie eine Ergänzung verlangt, es unvollständig erscheint. Dies wurde für unseren Fall im ersten Teil der Arbeit verneint. Dort wurde gezeigt (§ 3), daß das Gesetz (§ 27 HGB) nicht lückenhaft ist, wenn es die Nachfolge einer Erbenmehrheit in das Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns nicht regelt. Es wurde bemerkt, daß die Norm gleichwohl in sich sinnvoll bleibt und die Miterben für den Betrieb eines Handelsgeschäfts auf die Rechtsformen des Handelsrechts verweist. Methodisch ausgedrückt: der Typenzwang im Gesellschaftsrecht verlangt, daß mit dem "argumentum e contrario" gefolgert wird, andere als die gesetzlich vorgesehenen Rechtsformen seien nicht gegeben. Dies schließt den Analogieschluß aus. Eine Gesetzeslücke ist nicht gegeben.

Das "argumentum e contrario" verbietet dagegen nicht zu fragen, ob nicht dem Gesetzgeber ein Wertungsfehler unterlaufen ist, wenn er die Erbengemeinschaft generell als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgeschafts ausgeschlossen hat. Will man die Nichtzulassung als solchen Wertungsfehler (Gesetzesfehler) ansehen, bedarf es der Feststellung, daß für unseren Fall eine gesetzliche Regelung erwartet werden müsse [75]. Diese Feststellung wurde bereits in § 5 der vorliegenden Arbeit getroffen. Dort wurde ausgefuhrt, daß zumindest die vorubergehende Zulassung der Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgeschafts unumgänglich ist, um den Erben den Wert des Geschäfts zu erhalten. Es liegt ein Gesetzesfehler vor.

Das Vorhandensein eines Gesetzesfehlers allein rechtfertigt allerdings seine Berichtigung durch den Richter noch nicht (vgl. § 6, I. 2). Es müssen weiter die Voraussetzungen einer Rechtsfortbildung contra legem gegeben sein.

2. Die Notwendigkeit der Berichtigung des Gesetzesfehlers durch richterliche Rechtsfortbildung (contra legem)

Die Berichtigung des Gesetzesfehlers durch den Richter setzt nach unserer Auffassung (vgl. § 6, I. 2) einmal die Feststellung voraus, daß die "Natur der Sache", ein "unabweisbares Verkehrsbedürfnis" oder ein Rechtsprinzip das Tätigwerden des Richters fordern. Doch genügt dies allein nicht, es muß weiter geprüft werden, ob diese Forderung in so hohem Maße besteht, daß anderenfalls das allgemeine Rechtsempfinden in "unerträglicher" Weise beleidigt würde.

---

75) Larenz, Methodenlehre, S. 303

a) Die "Natur der Sache" als Begründung für die Zulässigkeit des Betriebes eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts in der Rechtsform der Erbengemeinschaft

Maßstab bildet einmal die "Natur der Sache". Die "Natur der Sache" bedeutet die aus der "konkreten Eigenart des soziologischen Sachstoffes sich ergebenden Anforderungen" [76]. Die Dinge, insbesondere die menschlichen Lebensverhältnisse tragen nämlich vor aller Rechtssetzung schon einen bestimmten "telos" und eine durch ihn geforderte Ordnung in sich. Auch "das Recht kann sich dieser Entelechie der Erscheinungen der Wirklichkeit nicht entziehen" [77].

Wenn nun ein Handelsgeschäft als solches schon vererbbar ist, fordert die den Dingen innewohnende Ordnung", daß die Erben das Unternehmen auch bis zum Ablauf einer gewissen Zeit fortführen können. Wäre es doch ein unmögliches Ergebnis, den Handelsgewerbebetrieb in die Erbmasse fallen zu lassen, um ihn sofort zu zerstören, weil den Erben nicht zugemutet werden kann, sich sogleich zu entscheiden, ob und wie sie das Unternehmen fortführen wollen. Daß eine derartige Überlegungszeit aus der "Natur der Sache" folgt, wird einmal verdeutlicht durch die Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB. Um dem Nachlaß ununterbrochen ein Rechtssubjekt zu geben, geht die Erbschaft mit dem Tode des Erblassers auf den oder die Erben über. Daß dies nicht ohne spätere Billigung der Erben geschehen kann, wird klar, wenn man daran denkt, daß mit dem Erbfall auch Belastungen verbunden sind. Nun hätte der Gesetzgeber bestimmen können, daß dieses Einverständnis bei Kenntnis vom Erbanfall abzugeben ist. Dem stehen aber die Belange der Rechtswirklichkeit gegenüber, die fordern, daß der Erbe eine ausreichende Überlegungsfrist besitzt. Dieser Natur der Dinge hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, wenn er den Erben grundsätzlich einen Zeitraum § 1944, Abs. 1 BGB) von sechs Wochen zur Verfügung stellt, in welchem sie sich klar darüber werden können, ob sie die Erbschaft endgültig annehmen oder dieselbe ausschlagen wollen [78].

Eine ähnliche Überlegungsfrist findet sich in § 27, Abs. 2 HGB. Da die endgültige Fortführung des ererbten Geschäftes mit der alten Firma zur unbeschränkten Haftung der Erben führt, gewährt das Gesetz dem Erben durch eine grundsätzliche Frist von drei Monaten genügend Zeit, sich über die endgültige Firmenführung schlüssig zu werden [79]. Die 6-Wochen-Frist der Ausschlagung schien für eine derartig schwerwiegende und folgenreiche Entscheidung nicht ausreichend.

---

76) Boehmer, Grundlagen II/1, S. 161

77) Boehmer, wie zuvor; vgl. auch Larenz, Methodenlehre, S. 320; derselbe in Wegweiser, S. 281. Strathenwerth, Natur der Sache, S. 22, 26; Esser, Grundsatz und Norm, S. 101 ff. Wieacker-Vortrag, S. 13; Siebert, Methode, S. 13

78) Motive zum BGB, Bd. V, S. 498

79) Denkschrift, S. 38 = Hahn-Mudgan, S. 221

Mehr als die Erforderlichkeit einer Überlegungsfrist und die hierdurch bedingte Notwendigkeit, die Erbengemeinschaft für diese Zeit als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgeschäfts zuzulassen, läßt sich aus der "Natur der Sache" nicht begründen. Sie stellt nur allgemein die Weichen. Eine bestimmte Regel läßt sich aus ihr nicht ableiten [80], denn sie beinhaltet nur das Typische, nicht aber das Konkrete. Wie lang also diese Übergangslösung dauern soll, erfahren wir nicht von der "Natur der Sache", sondern von bestimmten gesetzlichen Anknüpfungspunkten, die noch aufzuspüren sind. Ähnlich wie sich aus der "Natur der Sache" zwar ergibt, daß für den nicht rechtsfähigen Verein entgegen § 54 BGB die Regeln über die Gesellschaft (§§ 705 ff BGB) nicht passen, sich aber die einzelnen Probleme auch hier nur durch Anknüpfung an die gesetzlichen Bestimmungen über den rechtsfähigen Verein lösen lassen.

b) Ein "unabweisbares Verkehrsbedürfnis" als Begründung für die Zulässigkeit des Betriebes eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts in der Rechtsform der Erbengemeinschaft

Ebenso streitet ein "unabweisbares Verkehrsbedürfnis" für eine zeitlich begrenzte Zulassung der Erbengemeinschaft als Inhaberin eines ererbten vollkaufmännischen Handelsgeschäfts. Die Rechtfertigung des Verkehrsbedürfnisses als Voraussetzung und Maßstab richterlicher Rechtsfortbildung ergibt sich aus dem Sinn des Rechtes überhaupt. Dieser liegt zumindest zu einem Teil darin, die sozialen Bedürfnisse zu verwirklichen [81]. Hat der Gesetzgeber eine derartige Ordnung versäumt, muß der Richter unter den entsprechenden Voraussetzungen befugt sein, eine solche zu schaffen, um dem dringenden Verkehrsbedürfnis abzuhelfen. Zum Verkehrsbedürfnis selbst wurden schon Ausführungen unter einem gesonderten Paragraphen (§ 5) gemacht, und um Wiederholungen zu vermeiden, darf auf die dort festgestellten Begründungen hingewiesen werden.

Ausdrücklich sei hervorgehoben, daß auch das Kammergericht [82] in einer Entscheidung die Zulassung der Fortführung eines Handelsgeschäfts durch eine Erbengemeinschaft "lediglich auf eine im Leben häufige Durchbrechung des Grundsatzes ..., daß ein Handelsgeschäft von mehreren Personen nur in den vom Handelsrecht dargebotenen Formen betrieben werden kann" und damit auf das Verkehrsbedürfnis stützt.

Allerdings gibt dieses "unabweisbare Verkehrsbedürfnis" gleichfalls keine Auskunft, wie lange eine solche Fortführung des Unternehmens durch die Erbengemeinschaft als solche erfolgen darf.

---

80) Larenz, Wegweiser..., S. 291

81) Nipperdey, Allg. Teil I, § 33, I, S. 210 ff; Larenz, Methodenlehre, S. 320; Paulick, Eingetr. Gen., S. 39

82) KG in HRR 1932, Nr. 749

c) Das "Rechtsprinzip" des "Bestandschutzes wirtschaftlicher Werte" als Begründung für die Zulässigkeit des Betriebes eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts in der Rechtsform der Erbengemeinschaft

aa) Bei der Untersuchung der Voraussetzungen und Maßstäbe richterlicher Rechtsfortbildung wurde auch auf die "Rechtsprinzipien" hingewiesen. Wir unterscheiden sie von den "Grundsätzen". Im Anschluß an Larenz [83] soll der "Grundsatz" charakterisiert werden als "für ein bestimmtes Rechtsgebiet grundlegende Norm, die zwar manchen Einschränkungen und Modifikationen im einzelnen unterworfen sein kann, aber dort, wo solche nicht bestehen, auch unmittelbar auf den Einzelfall anzuwenden ist." Wesentliches Merkmal des "Grundsatzes" ist also, daß er positive Norm ist, aus der eine konkrete Entscheidung für den Einzelfall gefunden werden kann. So läßt sich zum Beispiel aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit im Schuldrecht deduzieren, daß die von den Parteien getroffene Vereinbarung der gesetzlichen Bestimmung vorgeht, sofern letztere nicht ausnahmsweise zwingender Natur ist.

Dagegen haben wir das Prinzip als "Grundgedanke", als den "immanenten Sinn" einer Regelung zu verstehen. Es ist "nicht 'lex', sondern 'ratio legis'" [84]. Das Rechtsprinzip ist demnach kein Rechtssatz, keine Rechtsnorm im technischen Sinne, die auf einen einzelnen Fall unmittelbar angewandt werden könnte. Das Prinzip verlangt vielmehr nach der "judiziellen oder legislativen Ausprägung" [85].

Zusammenfassend lassen sich die Rechtsprinzipien kennzeichnen als "die Ausdrucksformen, Bewegungsrichtungen, Tendenzen des objektiven Geistes, die sich im allgemeinen Rechtsbewußtsein geltend machen" [86] und zugleich Voraussetzungen und Inhalt von Gesetz und Rechtsprechung sind. Sie zählen als "objektive", jeweils einleuchtende "Rechtswahrheiten" zur "Rechtserkenntnisquelle" [87], worin zugleich ihre Rechtfertigung liegt. [88]

---

83) Larenz, Wegweiser ..., S. 300

84) Larenz, ebenda und die dort zitierte Literatur

85) Esser, a. a. O., S. 50 u. S. 132 ff; Larenz, Wegweiser ..., S. 300; Esser, a. a. O., S. 41 unterscheidet nicht in dem Sinn wie hier zwischen "Grundsatz" und Prinzip", sondern zwischen Prinzipien, die "geltendes Recht" sind u. solchen, die es erst im Rahmen richterlicher Normen werden.

86) Larenz, wie Fußnote 85

87) Esser, a. a. O., S. 134

88) Larenz, wie FN 85 und Esser, a. a. O., S. 134, 275 ff; Wieacker-Vortrag, S. 10; Siebert, Methode, S. 16

bb) Als solches Rechtsprinzip findet sich das vom "Bestandschutz wirtschaftlicher Werte". Dies ist eine "einleuchtende Rechtswahrheit", die sich letztlich wiederum auf die "Natur der Sache" zurückführen läßt [89]; denn es liegt in der "den Dingen innewohnenden Ordnung", geschaffene Werte nicht sinnlos zu zerstören. Dieses Prinzip besteht nicht nur als zeitlose Grundwahrheit, sondern hat auch in einer Vielfalt von Gesetzesbestimmungen seinen Niederschlag gefunden.

Es darf einmal auf die Bestimmungen über den Zwangsvergleich (§§ 173 ff KO) und die Vergleichsordnung hingewiesen werden. Der Zweck des Konkursverfahrens geht darauf aus, verschiedene Gläubiger aus einem nicht zureichenden Vermögen gleichmäßig zu befriedigen [90]. Besteht das Vermögen aus einem Geschäft oder einer anderen, wirtschaftlich entwicklungsfähigen Einheit, so bedeutet der Konkurs die Zerschlagung dieser Werte. Dies wollen die Vergleichsordnung und die §§ 173 ff KO hindern. Sie sind Ausdruck des Gedankens, daß wirtschaftliche Werte unter Berücksichtigung der Einzelinteressen soweit wie möglich erhalten werden sollen [91].

Ganz ausgesprochen auf diesem Prinzip fußt § 13 Grundstücksverkehrsgesetz vom 28. Juli 1961. Nach dieser Bestimmung kann das Zivilgericht einem einzelnen Miterben einer durch gesetzliche Erbfolge entstandenen Erbengemeinschaft, zu der ein landwirtschaftlicher Betrieb gehört, diesen Betrieb auf Antrag eines Miterben zum Alleineigentum zuweisen. Zielsetzung dieser Regelung ist es, die unwirtschaftliche Teilung eines gesunden Hofes in eine Mehrzahl von Acker- und Wiesenstücken zu vermeiden und dadurch den Wert dieser Einheit zu bewahren [92].

Ein weiteres Beispiel für dieses Prinzip finden wir in den §§ 138-142 HGB. Sinn all dieser Bestimmungen ist es, eine an sich platzgreifende Auflösung der OHG zu verhindern. Hierdurch soll das Interesse des bzw. der übrigen Gesellschafter an der Erhaltung des Unternehmens geschützt und der grundlosen Vernichtung der im Unternehmen steckenden Werte begegnet werden [93].

Auch die §§ 22 und 27 HGB, die sich teils unmittelbar, teils mittelbar mit der Rechtsnachfolge in das vollkaufmännische Unternehmen eines Einzelkaufmanns befassen, beruhen, wie bereits mehrfach erwähnt, mit auf der Erwägung, den in der Firma liegenden Wert selbst bei dem vollständigen Wechsel des oder der Inhaber zu erhalten und damit den Geschäftswert insgesamt zu konservieren [94].

---

89) Larenz, wie FN 85

90) Begründung des Entwurfs zur KO in Hahn-Materialien, Bd. IV, S. 40

91) Bley, Komm. z. VglO, Einl.; Böhle-Stamschräder, Einl. z. § 1 KO

92) Lange, Anm. 2 zu § 13 GrdstVG; vgl. auch Baur, JZ 1962, 695 ff

93) Schlegelberger-Geßler, Anm. 1 zu § 138 HGB; Weipert in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 1 zu § 138

94) Vgl. FN 118 (§ 3)

Der Niederschlag des Prinzips des Bestandschutzes wirtschaftlicher Werte in den Normen der §§ 22 und 27 HGB ist für unser Problem von um so größerer Bedeutung, als ähnliche Sachverhalte vorliegen. Hier wie dort haben wir es mit der Rechtsnachfolge in das Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns zu tun. Nur ist hier im Gegensatz zu dort Rechtsnachfolger nicht eine Einzelperson, sondern eine Personenmehrheit in gesamthänderischer Verbundenheit, die Erbengemeinschaft. Daß dieser Unterschied zwar weitreichende Konsequenzen mit sich bringt, war Darstellung des dritten Paragraphen dieser Arbeit; all diese Differenzen dürfen aber nicht veranlassen, sich über die gleiche Interessenlage hinwegzutäuschen.

cc) Mit dem Hinweis auf die §§ 173 ff KO, die Vergleichsordnung, § 13 GrdstVG, die §§ 138 ff HGB und die §§ 22 und 27 HGB soll der Beispiele genug sein. Sie mögen als Beweis für das Vorhandensein eines Prinzips des Bestandschutzes wirtschaftlicher Werte ausreichen [95]. Nachzuweisen ist ferner, daß dieses Prinzip die eigene Berücksichtigung in der Zulassung einer Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts evident fordert.

Es wurde bereits oben (§ 5) herausgestellt, daß die Miterben, müssen sie sich sogleich über das Ob und Wie der Fortführung des ererbten Geschäftes einig werden, aus Gründen des finanziellen Risikos vorziehen werden, den einfachsten Weg zu gehen und das Handelsgeschäft zu liquidieren. Daß bei einem solchen Vorgehen oft wertvolle Güter sinnloser Zerstörung ausgesetzt werden, liegt auf der Hand. Eine solche Zerstörung verbietet aber das Prinzip des Bestandschutzes wirtschaftlicher Werte, was gleichzeitig bedeutet, daß das Prinzip seine Berücksichtigung und damit eine andere Lösung fordert. Diese Lösung kann nur darin gefunden werden, daß die Erbengemeinschaft als solche als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgeschäfts zumindest zeitweilig zugelassen wird.

d) Die "Natur der Sache", ein "unabweisbares Verkehrsbedürfnis" und das "Rechtsprinzip des Bestandschutzes wirtschaftlicher Werte" verlangen mithin alle, daß die Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgewerbes anerkannt wird.

Es ist aber weiter zu prüfen, ob die Berichtigung des Gesetzesfehlers so dringend geboten ist, daß anderenfalls das allgemeine Rechtsempfinden in "unerträglichem" Maße beleidigt würde und sich deshalb auch der Gesetzgeber der Forderung nach Korrektur der Regelung nicht entziehen könnte. Wie schon mehrfach betont wurde, kann den Erben unmöglich zugemutet werden, sogleich über die rechtliche Zukunft des ererbten Handelsgeschäfts zu befinden. Eine solche Entscheidung be-

---

95) Dieses Prinzip wird ausdrücklich hervorgehoben von Bunge, ZAkDR 1940, 193 und Bolte, ZHR 51, 447

dingte zu weitreichende und folgenschwere Konsequenzen auch für das persönliche Vermögen der Miterben (§ 27 HGB). Die Folge wäre, daß das Handelsgeschäft sofort aufgegeben werden müßte, um ein persönliches Risiko der Erben zu vermeiden. Dies würde dem allgemeinen Rechtsbewußtsein "unerträglich" erscheinen, da kein Grund ersichtlich ist, warum der Einzelerbe insofern besser gestellt werden sollte als eine Erbenmehrheit und ferner das Prinzip des Bestandschutzes eine solch sinnlose (weil formalistische) Zerstörung wertvoller Wirtschaftsgüter verbietet.

Dieser Forderung nach Berichtigung hätte sich auch der Gesetzgeber nicht entziehen können. Für sein Eingreifen bestand nur deshalb kein Anlaß, weil die Rechtsprechung bereits bei Erlaß der gesetzlichen Regelung nach Abhilfe suchte (wenn auch mit unzutreffender Begründung). Aus diesem Grunde ist mit einem Tätigwerden des Gesetzgebers in absehbarer Zeit nicht zu rechnen. Der Richter kann und muß deshalb den Gesetzesfehler berichtigen.

3. Die Notwendigkeit und Möglichkeit einer zeitlichen Begrenzung

Auf den ersten Blick scheint das "Prinzip des Bestandschutzes wirtschaftlicher Werte" am vollkommensten gewahrt, dem "unabweisbaren Verkehrsbedürfnis" am besten Rechnung getragen und die "Natur der Sache" am ehesten verwirklicht, wenn mit der die Rechtsfortbildung tragenden Rechtsprechung [96] angenommen wird, die Erbengemeinschaft sei für die gesamte Dauer ihres Bestehens als Rechtsform zum Betriebe eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts geeignet.

Greift man dagegen die Ergebnisse der kritischen Untersuchung der Begründung der herrschenden Lehre auf (vgl. § 3), zeigt sich, daß die Erbengemeinschaft als Rechtsform zwar vorübergehend notwendig ist, um den Wert des ererbten Handelsgeschäfts zu erhalten, auf die Dauer einer solchen Aufgabe aber nicht gewachsen ist. Hat doch insbesondere die Überprüfung der Vertretung und Geschäftsführung einer Erbengemeinschaft ergeben, daß deren Ausgestaltung im Hinblick auf die Anforderungen, die Unternehmen, Handelsverkehr und -recht stellen, unzureichend ist und damit den Geschäftswert in Gefahr bringt.

Die Aufgabe der Rechtswissenschaft beim Rechtsschöpfungsakt gibt die rechtliche Möglichkeit, die Rechtsprechung zur Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betrieb eines Handelsgeschäfts zu begrenzen. Die Rechtswissenschaft hat, wie bereits ausgeführt wurde, Sorge dafür zu tragen, daß sich die Schaffung und Ausgestaltung des neuen Rechtsinstituts möglichst organisch in die Rechtsordnung ein-

---

96) Vgl. FN 6 (§ 1)

fügt, d.h., den Rahmen des Gesetzes nicht unnötig sprengt ... und den Anschluß an verwandte Erscheinungen wahrt" [97].

Die rechtliche Notwendigkeit für ein Eingreifen der Wissenschaft ergibt sich aus der Tatsache, daß jede Rechtsfortbildung nur insoweit zulässig ist, als sie durch die ihr zu Grunde liegenden Maßstäbe gerechtfertigt wird, die Rechtsprechung zur Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgeschäfts sich aber an diesen Rahmen nicht gehalten hat.

Wie gezeigt wurde, gibt weder "die Natur der Sache" noch das "unabweisbare Verkehrsbedürfnis" darüber Auskunft, wie lange die Fortführung des Unternehmens durch die Erbengemeinschaft als solche erfolgen darf. Aus beiden läßt sich nur die Notwendigkeit eines Weiterbetriebs an sich begründen, nicht aber rechtfertigen sie eine Rechtsprechung, die eine Erbengemeinschaft für die gesamte Zeit ihres Bestehens als Inhaberin eines ererbten vollkaufmännischen Geschäftes zuläßt.

Demgegenüber fordert das "Prinzip des Bestandschutzes wirtschaftlicher Werte" die Begrenzung der Rechtsprechung auf ihren richtigen Kern, nämlich auf eine Übergangslösung. Wie eingangs darauf hingewiesen wurde, ist die Erbengemeinschaft für die Dauer als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgeschäfts nicht geeignet, weil ihre rechtliche Ausgestaltung bei längerer Fortführung den Geschäftswert in Gefahr bringt. Dies will aber obiges Prinzip verhindern und nur deshalb läßt es die Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgeschäfts überhaupt zu. Das "Prinzip des Bestandschutzes wirtschaftlicher Werte", das auf der einen Seite die Zulassung der Erbengemeinschaft zur Fortführung des ererbten Unternehmens fordert, verlangt deshalb auf der anderen Seite die Begrenzung einer solchen Zulassung [98].

Die Rechtsprechung, die eine Erbengemeinschaft für die gesamte Zeit ihres Bestehens als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgeschäfts zuläßt, stellt sich damit als partiell illegitime Rechtsfortbildung dar. Die Begrenzung der Rechtsprechung auf den richtigen Kern ist freilich nur dann möglich, wenn der von ihr entwickelte Gerichtsgebrauch noch nicht durch Gewohnheitsrecht legitimiert ist [99]. Die Bildung von Gewohnheitsrecht ist in unserem Falle nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil es auf einer unrichtig begründeten Rechtsprechung fußen würde, denn auch aus der irrtümlichen Auffassung des bestehenden Rechts kann Gewohn-

---

97) Vgl. FN 95; BGHZ 38, 279 und C. Canavis, JZ 63, 662

98) BGHZ 38, 279 u. Canavis, JZ 63, 662

99) Folgt man allerdings der Auffassung des BGH in BGHZ 18, 93, kann das Gewohnheitsrecht durch neue Gerichtsentscheidungen ohne weiteres umgewandelt werden, da von diesem Zeitpunkt an die Überzeugung von der Richtigkeit des "alten" Gewohnheitsrechts fehle.

heitsrecht erwachsen [100]. Der Begriff Gewohnheitsrecht ist ein Sammelbegriff, der verschiedene Erscheinungsformen umfaßt [101]. Von unserem Thema her interessiert nur die Entstehung von Gewohnheitsrecht aus einem Gerichtsgebrauch. Voraussetzung ist eine "konstante Rechtsprechung". Aber sie allein reicht nicht aus, denn die Bindung des Richters an das Gesetz fordert die Freiheit in der Auslegung. Allein so kann das Interesse an der Gesetzestreue gewahrt werden [102]. Zu Gewohnheitsrecht kann der Gerichtsgebrauch nur erstarken, wenn er Ausdruck eines "Normgeltungswillens" des allgemeinen Rechtsbewußtseins wird [103]. Hierfür kann Richtlinie sein, ob durch die "konstante Rechtsprechung" bereits ein Vertrauen in den Kreisen derer, die es angeht, erzeugt ist, daß künftig gleichgeartete Fälle im Sinne des Gerichtsgebrauchs entschieden werden. Letztlich kommt es damit für die Frage, wann ein Gerichtsgebrauch Gewohnheitsrecht geschaffen hat, darauf an, ob die Gesetzestreue oder die Rechtskontinuität höher zu werten ist [104].

Prüft man die Rechtsprechung zur Zulassung der Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgeschäfts an dem gefundenen Maßstab, kann eine "konstante Rechtsprechung" festgestellt werden. Abweichende Entscheidungen oberer und oberster Gerichte lassen sich nicht finden. Dagegen fehlt es an dem "allgemeinen Rechtsbewußtsein" von der Normgeltung dieser "konstanten Rechtsprechung". Einmal wurden in der Rechtswissenschaft zu allen Zeiten Bedenken gegen diese Rechtsprechung angemeldet und diese als unrichtig abgelehnt. Im übrigen fällt auch die Wertung Gesetzestreue oder Rechtssicherheit gegen die Annahme eines Gewohnheitsrechts aus. Das Interesse, daß gemäß dem Gesetz entschieden wird, ist dann überwiegend, wenn die Entscheidung des Gesetzgebers auf grundlegenden Wertungen beruht [105]. Die Nichtzulassung der Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgeschäfts folgt aus der Entscheidung des Gesetzgebers, im Gesellschaftsrecht Typenzwang einzuführen. Dabei handelt es sich, wie gezeigt wurde (§ 3, III, 1), um eine solch "grundlegende Wertung". Ein Gewohnheitsrecht hat sich demnach nicht gebildet. Die Möglichkeit einer zeitlichen Begrenzung der Zulassung der Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgeschäfts bleibt offen.

---

100) Staudinger-Brändl, Allg. Teil, Einl., Anm. 42; Nipperdey, Allg. Teil 1, § 40, II

101) Rümelin, Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung, 1929, S. 12 ff, S. 52; Staud.-Brändl, Allg. Teil, Einl., Anm. 43

102) Larenz, Methodenlehre, S. 271; Dres. Reinicke, MDR 56, 325

103) Larenz, Methodenlehre, S. 271; Nipperdey, Allg. Teil I, § 39, II, 3

104) Rümelin, a. a. O., S. 46 ff; Dres. Reinicke, MDR 1956, 325; Nipperdey, Allg. Teil I, S. 267, FN 10

105) Dres. Reinicke, MDR 1956, 325

4. Der § 27, Abs. 2 HGB als Anknüpfungsnorm für die zeitliche Begrenzung

Bei dem Versuch, das "Prinzip des Bestandschutzes wirtschaftlicher Werte" in Gesetzen und einzelnen Gesetzesbestimmungen nachzuweisen, sind wir u. a. auf die Bestimmung des § 27, Abs. 2 HGB gestoßen. Der Sinn dieser Vorschrift wurde in der Erhaltung des Firmen- und Geschäftswertes gesehen, indem von den Erben nicht sofort gefordert wird, sich über das Ob und Wie der Fortführung des ererbten Unternehmens zu entscheiden.

Allerdings hat sich gezeigt (§ 3, III. 2b), daß § 27, Abs. 2 HGB weder unmittelbar noch mittelbar auf den Fall einer Miterbengemeinschaft paßt, da bei der Erbengemeinschaft mit Erbanfall eine Umwandlung der Rechtsform des Geschäfts notwendig wird, ein solcher Umwandlungsakt in § 27, Abs. 2 HGB aber nicht vorgesehen ist. Hingegen ist der Einzelerbe wie der Erblasser in der Lage, das Geschäft mit Erbanfall als Einzelkaufmann fortzuführen. Es wurde aber auch hervorgehoben, daß trotz der Verschiedenheit das Gemeinsame der beiden Fallgruppen nicht übersehen werden darf.

Beides Mal geht es darum, daß ein Einzelkaufmann das von ihm in dieser Rechtsform betriebene Handelsgeschäft vererbt. Der Unterschied liegt lediglich darin, daß einmal Rechtsnachfolger eine Einzelperson ist, während das andere Mal das Geschäft an eine Erbengemeinschaft fällt.

Beides Mal verlangen die "Natur der Sache", ein "unabweisbares Verkehrsbedürfnis", ein Rechtsprinzip, daß dem oder den Erben ausreichend Zeit gewährt wird, sich darüber klar zu werden, ob überhaupt, und wenn ja, in welcher Rechtsform, sie das ererbte Handelsgeschäft fortführen wollen. Die Divergenz besteht darin, daß beim Einzelerben das Gesetz eine solche Überlegungsfrist anerkannt und gegeben hat (§ 27, Abs. 2 HGB), während der häufigere Fall der Rechtsnachfolge durch eine Miterbengemeinschaft nicht geregelt worden ist.

Da die gleiche Grundsituation gegeben ist, liegt es nahe, den nicht normierten, aber gleich liegenden Fall der Rechtsnachfolge durch eine Miterbengemeinschaft dem normierten Fall der Einzelnachfolge anzupassen, d. h., an die Bestimmung des § 27, Abs. 2 HGB anzuknüpfen.

Wir stehen mit dieser Überlegung nicht allein. Lion [106], Kretzschmar [107], Geineder [108] und Cohn [109] gehen ebenfalls stillschweigend davon aus, daß die Erbengemeinschaft als solche für die Zeit des § 27, Abs. 2 HGB das ererbte

106) Lion, LZ 1925, 844 ff
107) Kretzschmar, ZBlFG 17, 1 ff
108) Geineder, S. 71
109) Cohn, JW 1926, 481 ff und LZ 1927, 499 ff

vollkaufmännische Handelsgeschäft weiterbetreibt, wenn sie annehmen, erst mit der Fortführung über diese Frist hinaus würden die von ihnen angenommenen Rechtsfolgen eintreten.

Auch Lohauß [110] räumt ein, daß man an die Bestimmung des § 27, Abs. 2 HGB anknüpfen könnte, um die Erbengemeinschaft als Übergangslösung für die Weiterführung eines ererbten Unternehmens zuzulassen. Dieser Auffassung könnte man insbesondere dann sein, "wenn man dem § 27 HGB keinen Ausnahmecharakter zubilligen will (wie die vorliegende Arbeit), sondern sich streng daran hält, daß zur Sicherung des Handelsverkehrs eine geschlossene Zahl von Formen vorgeschrieben ist" [111].

Die Erörterung der Möglichkeit der Anknupfung an § 27, Abs. 2 HGB findet sich weiterhin bei Heintzenberg [112], den Großkommentaren [113] zum HGB und selbst in der Rechtsprechung [114]. All diese Autoren und Entscheidungen lehnen allerdings eine Begrenzung der Geschäftsfortfuhrung auf die Frist des § 27, Abs. 2 HGB ab.

Als Grund für die Ablehnung wird angegeben: "Die dreimonatliche Überlegungsfrist mag selbst in verwickelten Fällen genügen, sich über die Schulden des Erblassers, eines Vollkaufmanns, und den Wert der Nachlaßgegenstände zu unterrichten, um so ein Bild zu gewinnen, ob sich die Fortführung mit unbeschränkter Schuldenhaftung lohnt. Dagegen wird es häufig unmöglich sein, in derselben Zeit sich darüber klar zu werden, wie die Auseinandersetzung vor sich gehen soll, ob es z. B. zweckmäßig ist, das Geschäft an Dritte oder einen der Teilhaber zu veräußern, oder in eine der zulässigen Gesellschaftsformen überzuleiten..." [115]. Gegen eine Begrenzung wird mithin eingewandt, die Frist des § 27, Abs. 2 HGB reiche zwar für die Miterben aus, um sich über den Schuldenstand und den Geschäftswert klar zu werden, nicht aber für die Überlegungen, in welcher Weise dieser Geschäftswert ausgenutzt werden soll [116].

Diesem Argument kann entgegen gehalten werden, daß auch der Einzelerbe nicht nur vor das Problem gestellt wird, den Schuldenstand zu ermitteln, sondern sich

---

110) Lohauß, S. 29

111) Lohauß, a. a. O.

112) Heintzenberg, S. 33

113) Schlegelberger-Hildebrandt, Anm. 5 zu § 27 HGB; Dür.-Hachenburg-Hoeniger, Anm. 9 zu § 27 HGB; Würdinger in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 16 zu § 27; Staub-Bondi, Anm. 26 zu § 27 HGB

114) BGHZ 1, 65 ff; KG JFG 19, 84 und insbes. BayObLG, JW 31, 3129 ff

115) BayObLG, JW 1931, 3129 a. E.

116) Frohwein, DFG 1940, 103 ff

innerhalb des Schwebezustandes des §27, Abs. 2 HGB ebenso entscheiden muß, ob und wie er das Geschäft fortführen will. Gleichwohl hat der Gesetzgeber in diesem Falle grundsätzlich einen Zeitraum von drei Monaten für genügend erachtet.

Immerhin mögen diese Einwendungen unsere Aufmerksamkeit auf die Frage lenken, ob die grundsätzliche Überlegungsfrist von drei Monaten auch dann noch ausreichend ist, wenn man daran denkt, daß sich bei der Erbengemeinschaft nicht nur ein einzelner über die Art der Auseinandersetzung schlüssig werden muß, sondern sich darüber mehrere Personen mit vielleicht gegensätzlichen Interessen einigen müssen. Derartige Bedenken sind nicht ganz von der Hand zu weisen. Sie verlieren jedoch an Überzeugungskraft, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der Einzelerbe, sobald er das Geschäft veräußert oder einen oder mehrere Partner aufnimmt, um die Einzelfirma in eine Handelsgesellschaft umzuwandeln, es gleichfalls mit einer Mehrzahl von Personen mit gegensätzlichen Interessen zu tun hat.

Es mag dennoch wünschenswert erscheinen, daß diesem Unterschied zwischen Einzelerbe und Miterbengemeinschaft de lege ferenda Rechnung getragen wird, de lege lata muß die Feststellung genügen, daß die Unterschiede nicht so erheblich sind, um eine Anknüpfung an § 27, Abs. 2 HGB als der einzig möglichen Norm zu verbieten [117].

III. Zusammenfassung

Als Ergebnis läßt sich festhalten, daß die Erbengemeinschaft in Anlehnung an § 27, Abs. 2 HGB als Rechtsform zum Betriebe eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts vorübergehend für die Überlegungsfrist des § 27, Abs. 2 HGB zuzulassen ist. Die Notwendigkeit einer Einschränkung der Zulassung ergibt sich daraus, daß die die Rechtsfortbildung tragenden Momente, wie die "Natur der Sache", ein 'unabweisbares Verkehrsbedürfnis" und insbesondere das "Prinzip des Bestandschutzes wirtschaftlicher Werte" die Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgeschäfts nur für eine Übergangszeit fordern. Die Möglichkeit einer Begrenzung eröffnet die Feststellung, daß sich die ständige Rechtsprechung zur Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgeschäfts noch nicht zu Gewohnheitsrecht verfestigt hat.

---

117) Die Notwendigkeit einer Anknüpfungsnorm wurde schon oben, § 6, III. 1a, betont. Das Problem läßt sich also nicht dadurch lösen, daß irgendeine angemessene Zeit angenommen wird. Die richterliche Rechtsfortbildung bedarf eben der Anknüpfungsnormen.

§ 7

DIE RECHTLICHE GESTALTUNG DER ERBENGEMEINSCHAFT ALS ZEITLICH BEGRENZTE HANDELSGESCHÄFTSINHABERIN

Erachtet man es als zulässig, daß die Erbengemeinschaft als solche während der Frist des § 27, Abs. 2 HGB als Inhaberin eines ererbten, vollkaufmännischen Geschäfts auftreten kann, so erhebt sich einmal die Frage, wie sich dies mit unserer Kritik der Thesen der herrschenden Lehre verträgt, zum anderen gilt es darzustellen, wie die rechtliche Ausgestaltung einer solchen Erbengemeinschaft im einzelnen aussieht.

I. Die Erbengemeinschaft als zeitlich begrenzte Handelsgeschäftsinhaberin und die Kritik der Thesen der herrschenden Lehre

1. Kritik der These von der Möglichkeit der Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft als Nachlaßverwaltung

Es wurde oben (§ 3, I, 1) in Zweifel gezogen, ob ein Handelsgeschäft durch eine Erbengemeinschaft als solche in Nachlaßverwaltung fortgeführt werden kann, da Nachlaßverwaltung und Handelsgewerbebetrieb von gegensätzlichen Tendenzen beherrscht werden.

Stimmt man diesem Bedenken zu, so ist im ersten Augenblick nicht recht einzusehen, warum derselbe Einwand nicht auch gegen eine nur vorübergehende Zulassung der Erbengemeinschaft zum Betriebe eines Handelsgeschäfts vorgebracht werden muß. Der scheinbare Gegensatz löst sich aber ohne Widerspruch, wenn wir uns erinnern, daß es kraft richterlicher Rechtsschöpfung erlaubt ist, an § 27, Abs. 2 HGB anzuknüpfen.

§ 27, Abs. 2 HGB gibt dem Erben grundsätzlich für drei Monate Zeit, sich darüber schlüssig zu werden, ob und wie er das ererbte Unternehmen fortführen will. Während dieser Überlegungsfrist richtet der Erbe also keineswegs seine Absicht auf "einen für die Dauer unternommenen Kreis von Geschäften als Ganzes, das als eine dauernde und berufsmäßig fließende Einnahmequelle dienen soll" [1], was nach herrschender Meinung den Begriff Handelsgewerbebetrieb ausmacht [2]. Mittelbar hat damit § 27, Abs. 2 HGB zur Folge, daß der Handelsgewerbebegriff für diese Übergangszeit des "dauernden" Elements entkleidet wird.

1) RGZ 66, 51, vgl. auch RGZ 38, 18 u. 74, 151; RGSt 53, 59 u. 58, 19
2) Vgl. FN 2 (§ 3) u. Schlegelberger-Hildebrandt, Anm. 23 zu § 1 HGB

Läßt man die Erbengemeinschaft für diese Überlegungszeit als Rechtsform zum Betrieb eines Handelsgewerbes in Anlehnung an § 27, Abs. 2 HGB grundsätzlich für die Dauer von drei Monaten zu, so muß § 27, Abs. 2 HGB, da die Probleme insoweit gleich liegen, auch hier den Begriff Handelsgewerbe derart abwandeln, daß ihm nicht mehr entgegensteht, daß die Gemeinschaft augenblicklich noch nicht beabsichtigt, das Geschäft auf die Dauer zu betreiben.

Für die Zeit der Inhaberschaft des ererbten Unternehmens durch die Erbengemeinschaft stehen sich die Tendenzen des Begriffs Nachlaßverwaltung und des durch § 27, Abs. 2 HGB für diese Zeit abgewandelten Handesgewerbebegriffs mithin nicht entgegen.

2. Kritik der These von der rechtlichen Möglichkeit der Fortführung des Handelsgeschäfts eines Einzelkaufmanns durch die Erbengemeinschaft in Nachlaßverwaltung

Bei der Kritik dieser These wurde festgestellt, daß die Erbengemeinschaft hinsichtlich ihrer rechtlichen Ausgestaltung zum Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts nicht tauglich ist [3].

Wieder könnte man einwenden, daß die Erbengemeinschaft dann auch nicht vorübergehend Inhaberin eines ererbten Unternehmens sein könne. Dem ist entgegenzuhalten, daß es einen Unterschied macht, ob die Erbengemeinschaft für die gesamte Dauer ihres Bestehens oder nur vorübergehend zugelassen werden soll. Während der Zeit von drei Monaten werden weniger Verbindlichkeiten durch die Erbengemeinschaft eingegangen. Der umständliche Geschäftsführungsapparat und die unzulängliche Vertretung werden also seltener in Anspruch genommen werden und Haftungsfragen eine geringere Rolle spielen. Insbesondere beseitigt die beschränkte Zeit der Inhaberschaft des Geschäfts durch die Erbengemeinschaft weitgehend die Schwierigkeiten, die mit dem Tod oder Konkurs eines Miterben, der Verfügung über den Erbanteil und dem Nachlaßkonkurs zusammenhängen, da all diese Fälle während der relativ kurzen Frist des § 27, Abs. 2 HGB einmal kaum eintreten, zum anderen ihre Problematik durch die kurze Zeitspanne, in der sie überhaupt möglich sind, weitgehend einbüßen werden. Vollkommen unproblematisch werden Gewinnverteilung und -entnahme, denn beides gibt es in diesem Falle überhaupt nicht. Die Erträge des Unternehmens teilen als Nachlaßfrüchte die Rechtslage des Nachlasses und unterliegen damit bis zur Auseinandersetzung grundsätzlich dem Teilungsverbot des § 2038, Abs. 2, 2 BGB. Die Ausnahmebestimmung des Satzes 3 greift nicht Platz, da sie zur Voraussetzung hat, daß die Auseinandersetzung für länger als ein Jahr ausgeschlossen ist.

---

3) Vgl. § 3, III, 5

Hinsichtlich der Bedenken, die sich gegen die rechtliche Ausgestaltung der Haftung, Vertretung und Geschäftsführung bei einer zeitlich begrenzten Inhaberschaft eines Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft im einzelnen ergeben, sei auf die nachstehenden Ausführungen (§ 7, II) verwiesen.

3. Kritik der These von der rechtlichen Möglichkeit, ein Handelsgeschäft in einer nicht im Gesetz vorgesehenen Rechtsform zu betreiben

Zu den Widersprüchen, die zwischen der Kritik dieser These und der Tatsache bestehen, daß wir die Erbengemeinschaft begrenzt als Rechtsform für den Betrieb eines Handelsgeschäfts zulassen, muß Näheres nicht mehr ausgeführt werden. Im vorausgehenden Paragraphen wurde versucht, den Nachweis zu erbringen, daß die Erbengemeinschaft kraft richterlicher Rechtsfortbildung zeitweilig als Rechtsform für den Betrieb eines vollkaufmännischen Unternehmens zugelassen wird. Sieht man, wie wir, den Beweis für geführt, so entfallen die Gegensätze. Das vom Richter geschaffene Recht läßt die Erbengemeinschaft vorübergehend als Inhaberin eines ererbten Handelsgeschäfts zu. Die Rechtsform steht nicht mehr außerhalb des Rechts.

4. Kritik der These von der Firmenfähigkeit der Erbengemeinschaft

Bei der Untersuchung der Frage, ob eine Erbengemeinschaft firmenfähig ist, wurde herausgearbeitet, daß die Firmenfähigkeit eines Personenverbandes voraussetzt, daß der Verband sich zu einer straffen Einheit zusammengeschlossen hat, die Erbengemeinschaft eine solche Geschlossenheit aber nicht besitzt [4].

Die für die Firmenfähigkeit notwendige rechtliche Einheit hat die Erbengemeinschaft auch nicht dadurch erworben, daß sie als durch Richterrecht geschaffene Rechtsform für den Betrieb eines Handelsgeschäfts vorübergehend zugelassen wird. Das ändert an ihrer Grundstruktur nichts.

Der Ausweg aus dieser Problematik liegt wieder in der beschränkten Zeit der Zulassung der Erbengemeinschaft als Geschäftsinhaberin. Aufgabe des Handelsregisters ist es anerkanntermaßen [5] nicht, nur vorübergehende Tatsachen und Rechts-

4) Vgl. § 3, V. 2
5) KG RJA 9, 162

verhältnisse aufzunehmen. Aus diesem Grunde läßt die herrschende Lehre [6] die Eintragung der Erbengemeinschaft als Firmeninhaberin nur nach Ablauf der Frist des § 27, Abs. 2 HGB zu, da erst dann die Absicht der Erbengemeinschaft feststehe, das ererbte Geschäft für längere Zeit weiterzuführen.

Die Erbengemeinschaft als zeitlich begrenzte Inhaberin eines Handelsgeschäfts ist gleichfalls eine nur vorübergehende Erscheinung, und zwar für die Frist des § 27, Abs. 2 HGB und gehört deshalb nicht ins Handelsregister. Gleichwohl führten die Miterben eine gemeinsame Firma, nämlich die alte Firma des Erblassers. So stehen wir damit vor dem Phänomen, daß die Erbengemeinschaft, obgleich selbst nicht firmenfähig, Inhaberin eines Handelsgeschäfts mit Firma ist.

Eine ähnliche Erscheinung findet sich bei den sogenannten "Scheinkaufleuten" [7] im HGB selbst. Es werden dort Mängel hinsichtlich der Grundhandelsgewerbeeigenschaft durch die Eintragung im Handelsregister ersetzt. Bei der Erbengemeinschaft, die ein Handelsgeschäft betreibt, müßte dagegen der Mangel der fehlenden rechtlichen Geschlossenheit durch die frühere Eintragung ersetzt werden. Dies erscheint deshalb gerechtfertigt, da die Erbengemeinschaft kraft Rechtsfortbildung für die Frist des § 27, Abs. 2 HGB als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgeschäfts zugelassen wird und deshalb für diese Zeit ein Schwebezustand [8] besteht, der alle Möglichkeiten offen lassen muß. Für diese Zeit wird gleichsam fingiert, die Erbengemeinschaft sei firmenfähig, ebenso wie fingiert wird, sie betreibe ein Handelsgewerbe, obwohl die Absicht nicht auf ein Dauerndes, Berufsmäßiges gerichtet ist.

5. Versuch einer dogmatischen Einordnung

Die Erbengemeinschaft als zeitlich begrenzte Inhaberin eines ererbten vollkaufmännischen Unternehmens stellt sich damit als eine Art Zwischengebilde dar. Sie wurde kraft Richterrechts als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgeschäfts geschaffen. Nach ihrer rechtlichen Gestaltung eignet sie sich gleichwohl nicht für diesen Zweck. Sie läßt sich nur aus einer Art Fiktion verstehen. Dieser Weg wird

---

6) KG RJA 9, 162; Marcus Holdheim, 14, 182; Cohn, LZ 27, Sp. 502; Geineder, S. 71; Kretzschmar, ZBlFG 17, 12. Damit scheidet die Fortführung eines Handelsgeschäfts, das gemäß § 2 HGB nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, dessen Eintragung ins Register bislang aber noch nicht erfolgte, durch die Erbengemeinschaft als zeitlich begrenzte Handelsgeschäftsinhaberin aus. Wie noch zu zeigen sein wird, ist in der Wahl einer Firma für ein derartiges Handelsgeschäft der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zu sehen.

7) Vgl. § 5 HGB u. dazu Schlegelberger-Hildebrandt, Anm. 1 zu § 5 HGB

8) Schlegelberger-Hildebrandt, Anm. 12 zu § 27 HGB

durch die aufgezeigte Rechtsschöpfung eröffnet. Für die dogmatische Einordnung bietet sich der Gedanke Boehmers [9] an, daß die Rechtsstellung des Erblassers über seinen Tod hinaus in der Rechtsstellung des Erben fortlebt. Da sich die Erbengemeinschaft während des Schwebezustandes des § 27, Abs. 2 HGB nicht gewiß ist, ob und wie sie das ererbte Geschäft fortführen will, dauert so lange der Zustand zwischen zwei Rechtsleben an. Dies erlaubt es, für diese Zeit teilweise auf die Rechtsstellung des Erblassers zurückzugreifen. Dieser hat die Absicht gehabt, "einen für die Dauer unternommenen Kreis von Geschäften als Ganzes" [10], also ein Handelsgewerbe, zu führen; er ist als natürliche Person firmenfähig gewesen. Indem diese Rechtseigenschaften des Erblassers über seinen Tod hinauswirken, gestatten sie der Erbengemeinschaft, dieselben für die Dauer ihres Fortwirkens zu gebrauchen.

II. Die rechtliche Ausgestaltung im einzelnen

1. Die Haftung

Die Ausgestaltung der Haftung der Erbengemeinschaft, die zeitlich begrenzt ein Handelsgeschäft betreibt, stellt uns, wie die kritische Untersuchung der herrschenden Lehre gezeigt hat [11], vor verschiedene Probleme, die sich aus der Divergenz von Handels- und Erbrecht ergeben.

Nach erbrechtlichen Gesichtspunkten haftet für die neuen Geschäftsverbindlichkeiten nur der Nachlaß, da die Erbengemeinschaft durch ihr Auftreten unter der Firma erkennbar macht, daß sie nur im Namen des Nachlasses handeln und sich nur diesen haftbar machen will [12]. Eine solche Haftungsgestaltung verträgt sich mit den handelsrechtlichen Grundsätzen nicht. Sie verlangen, daß Nachlaß und Eigenvermögen für die neuen Verpflichtungen eintreten. Die herrschende Lehre nimmt dies denn auch an, ohne sich mit den obigen erbrechtlichen Gesichtspunkten auseinanderzusetzen [13].

Soll das richtige Ergebnis auf eine ebenso zutreffende Begründung gestützt werden, muß auf die Erkenntnis zurückgegangen werden, daß die Erbengemeinschaft als Rechtsform zum zeitweiligen Betrieb eines Handelsgeschäfts kraft Richter-

9) Vgl. die bei FN 24 (§ 3) angegebene Literatur. Der gleiche Gedanke findet sich auch in § 130, II BGB, siehe Bärmann, NJW 64, 52

10) Wie FN 1

11) Vgl. § 3, III. 1c

12) Vgl. die in FN 36 (§ 3) Genannten

13) Vgl. die Literaturangaben zu FN 26 (§ 3)

recht besteht. Dieses Richterrecht trägt nicht nur die Rechtsform als solche, sondern auch deren innere rechtliche Ausgestaltung im einzelnen. Das Auftreten der Erbengemeinschaft im Handelsverkehr verlangt, daß das Haftungsrecht handelsrechtlichen Grundsätzen angepaßt wird, was durch die richterliche Rechtsfortbildung geschehen ist.

Wie betont wurde [14], reicht es vom Blickpunkt des Handelsrechts aber nicht aus, wenn dieses Richterrecht annimmt, für neue Verbindlichkeiten hafte einmal das Eigenvermögen der Miterben, zum anderen der Nachlaß für solche Verpflichtungen, die vom Standpunkt eines objektiven Beobachters in ordnungsgemäßer Verwaltung eingegangen worden sind. Die handelsrechtlichen Grundsätze fordern vielmehr, daß auch der Nachlaß uneingeschränkt für die neuen Geschäftsverbindlichkeiten einsteht.

Aufgabe der Wissenschaft beim Rechtsschöpfungsakt ist, wie bereits mehrfach erwähnt, Sorge für eine organische Einfügung des neuen Rechtsinstituts zu tragen. Ihre Aufgabe gibt ihr zugleich das Recht, die Rechtsfortbildung im einzelnen dem Gesetz, hier dem Grundsatz der uneingeschränkten Haftung im Handelsrecht, mit dem Erfolg der Geltung anzupassen. Im Falle der Erbengemeinschaft als zeitlich begrenzte Inhaberin eines Handelsgeschäfts haften deshalb für neue Verbindlichkeiten Nachlaß- und Erbenvermögen unbeschränkt [15].

Eine letzte Schwierigkeit taucht in der Frage der Haftung der Erbengemeinschaft für unerlaubte Handlungen ihrer Vertreter auf. Eine analoge Anwendung des § 31 BGB wird abgelehnt, weil es an der notwendigen Selbständigkeit des Auftretens fehle [16]. Durch die zeitweilige Zulassung der Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betrieb eines Handelsgeschäfts ist, wie festgestellt, eine Verselbständigung der Gemeinschaft nicht eingetreten. Rechtsträger des Geschäfts sind weiterhin die Miterben in gesamthänderischer Verbundenheit, die Grundstruktur ist unverändert geblieben. Damit scheidet die analoge Anwendung des § 31 BGB aus. Das Problem wird allerdings in unserem Falle dadurch gemildert, wenn nicht ganz beseitigt, daß die Erbengemeinschaft nur für die Frist des § 27, Abs. 2 HGB als Inhaberin eines Handelsgeschäfts zugelassen wird.

Alles in allem ist damit eine Haftungsregelung gegeben, die weitgehend den handelsrechtlichen Erfordernissen entspricht.

---

14) Vgl. § 3, II. 1c, aa

15) Vgl. Bartholomeyczik, FN 27 (§ 3)

16) Vgl. FN 31 (§ 3)

2. Die Vertretung

Auch die Erbengemeinschaft als Handelsgeschäftsinhaberin auf Zeit ist mit den allgemeinen Mängeln der Vertretung behaftet. Doch werden die Folgen hier stark durch die Tatsache herabgemildert, daß dieser Zustand nur während der relativ kurzen Frist des § 27, Abs. 2 HGB dauert. Es gilt also grundsätzlich die gemeinschaftliche Vertretungsmacht aller Miterben und die umstrittene Einzelvertretungsmacht in Notfällen [17].

Eine entscheidende Verbesserung der Vertretung bei der Erbengemeinschaft als Handelsgeschäftsinhaberin auf Zeit ergibt sich insofern, als hier die vom Erblasser an einen der Miterben erteilte Prokura bestehen bleibt. [18]

Dies steht nicht im Widerspruch zu der Auffassung, daß die Erbengemeinschaft, die ein Handelsgeschäft betreibt, selbst einen Miterben nicht zum Prokuristen bestellen kann. Solange die Gemeinschaft selbst einen Miterben zum Prokuristen beruft, kommt der vom BGH [19] herausgearbeitete Gedanke zum Tragen, daß im Hinblick auf die rechtliche Ausgestaltung der Miterbengemeinschaft die Prokura nicht von "dem" Inhaber erteilt wird, was nach § 48 HGB geboten ist.

Demgegenüber schlägt das Argument des BGH gegenüber einer noch vom Erblasser erteilten und nach § 52, Abs. 3 HGB grundsätzlich weitergeltenden Prokura nicht durch. In diesem Fall ist der Prokurist, wie es § 48 HGB verlangt, von "dem" Inhaber berufen worden.

Unsere Auffassung fußt aber nicht allein auf dieser mehr begriffsjuristischen Folgerung, sondern sie rechtfertigt sich letztlich aus dem Gedanken der Fortwirkung der Rechtsstellung des Erblassers über den Erbfall hinaus [20]. Auch hier handelt es sich darum, die Aktionsfähigkeit und den Wert des Geschäfts für die Zeit zwischen zwei Rechtsleben zu erhalten. Nur für diese Zeit kann und muß an die Rechtsperson des Erblassers angeknüpft werden, denn nach Ablauf des "Schwebezustands" (§ 27, Abs. 2 HGB) muß nach unserer Auffassung die Gemeinschaft für das ererbte Geschäft eine andere Rechtsform wählen oder dasselbe aufgeben. Damit ist dann das Geschäft ganz in dem "neuen" Rechtsleben aufgegangen [21].

---

17) Vgl. § 3, II. 2b

18) Vgl. die gegenteilige Meinung des BGH in BGHZ 30, 397 ff

19) BGHZ, a. a. O.

20) Der Gedankengang wurde in § 7, I. 5 näher ausgeführt, darauf darf zur weiteren Grundlegung verwiesen werden.

21) Die Auffassung von der Weitergeltung der vom Erblasser erteilten Prokura stellt die uneingeschränkte Geltung des § 52, Abs. 3 HGB wieder her.

Auch die Regelung der Vertretung entspricht bei der Erbengemeinschaft als zeitlich begrenzte Inhaberin eines Handelsgeschäfts damit mehr den Bedürfnissen des Handelsrechts und -verkehrs.

3. Die Geschäftsführung

Die rechtliche Ausgestaltung der Geschäftsführung einer Erbengemeinschaft als Handelsgeschäftsinhaberin auf Zeit bleibt indes unverändert. Die Geschäftsführung steht den Miterben gemeinschaftlich zu (§ 2038, Abs. 1, S. 1 BGB) und ist dementsprechend schwerfällig. Hieran ändert, wie gezeigt wurde, das sogenannte Notgeschäftsführungsrecht des § 2038, Abs. 1, S. 2 a. E. nicht sehr viel.

Mittelbar erfährt auch die Geschäftsführung gewisse Erleichterungen. Einmal dadurch, daß die Gemeinschaft als Rechtsform grundsätzlich nur drei Monate andauert (§ 27, Abs. 2 HGB), zum anderen durch einen etwa vorhandenen Prokuristen. Die Prokura selbst beschränkt sich allerdings allein auf die Vertretungsmacht und legt dem Prokuristen nicht zugleich Pflichten zu Dienstleistungen auf [22]. Sie bestimmen sich ausschließlich nach dem Auftrags- oder Dienstverhältnis. Beide Rechtsverhältnisse erlöschen aber im Zweifel mit dem Tode des Berechtigten nicht [23]. Das hat zur Folge, daß der vom Erblasser bestellte Prokurist in der Regel auch seine Geschäftsführungsbefugnis über den Erbfall hinaus beibehält und diese der Erbengemeinschaft als zeitlich begrenzte Inhaberin eines Handelsgeschäfts zur Verfügung stellen kann.

Selbst die Geschäftsführung wird damit den Anforderungen des Handelsrechts und -verkehrs eher gerecht.

III. Zusammenfassung

Das Ergebnis der Untersuchung der rechtlichen Gestaltung der Erbengemeinschaft als zeitlich begrenzte Inhaberin eines ererbten vollkaufmännischen Handelsgeschäfts läßt sich dahin zusammenfassen:

1) Die Erbengemeinschaft wird als Rechtsform zum Betriebe eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes für die Frist des § 27, Abs. 2 HGB kraft richterlicher Rechtsfortbildung zugelassen.

---

22) Vgl. statt aller Würdinger in RGR-Komm. z. HGB, Vorb. zu § 48

23) Vgl. § 672 BGB u. Larenz, Schuldrecht II, § 48, III, S. 179

2) Die rechtliche Ausgestaltung dieser Rechtsform sieht im einzelnen wie folgt aus:

a) Haftung

Für die von der Gemeinschaft neu eingegangenen Verbindlichkeiten haften sowohl Nachlaß- wie Eigenvermögen der Miterben unbeschränkt. Die Haftung des Nachlasses wird auch nicht durch das Erfordernis eingeschränkt, daß die Verpflichtungen objektiv in ordnungsgemäßer Nachlaßverwaltung begründet sein müßten.

b) Vertretung

Die Vertretung der Gemeinschaft obliegt grundsätzlich allen Miterben gemeinsam. Ein Notvertretungsrecht der einzelnen Miterben besteht nach neuerer Auffassung nicht. Die Erbengemeinschaft kann einen Miterben nicht zum Prokuristen berufen. Dagegen bleibt die vom Erblasser an einen Miterben oder Dritten erteilte Prokura, sofern sie nicht von der Gemeinschaft ordnungsgemäß widerrufen wird, für die Zeit des § 27, Abs. 2 HGB bestehen.

Der Miterbengemeinschaft bleibt es unbenommen, einen Erben oder Dritten zum Generalbevollmächtigten zu bestellen. Die Vollmacht kann jedoch nicht ins Handelsregister eingetragen werden.

c) Geschäftsführung

Die Geschäftsführung steht den Miterben grundsätzlich gleichfalls gemeinsam zu. Eine Ausnahme bildet das sogenannte Notgeschäftsführungsrecht der einzelnen Erben.

Ein noch vom Erblasser ernannter oder von den Erben neu bestellter Prokurist kann im Rahmen seines Auftrags- bzw. Beschäftigungsverhältnisses weiterhin Geschäftsführungsmaßnahmen ergreifen.

Den Erben ist es freigestellt, die Geschäftsführungsbefugnis auf einen der Miterben oder einem Dritten zu übertragen.

d) Firma

Die Gemeinschaft ist berechtigt, während ihres Bestandes als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgeschäfts die Firma des Erblassers weiterzuführen. Die Wahl einer neuen Firma ist ihr verwehrt. Die Gemeinschaft wird nicht ins Handelsregister eingetragen.

TEIL III

DIE BESCHLUSSFASSUNG DER MITERBEN ÜBER DIE ENDGÜLTIGE FORTFÜHRUNG DES HANDELSGEWERBE-BETRIEBS UNTER ALTER ODER NEUER FIRMA ALS UMWANDLUNG DER ERBENGEMEINSCHAFT IN EINE OHG

Nachdem festgestellt worden ist, daß die Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes nur für die Frist des § 27, Abs. 2 HGB zulässig ist, bleibt zu klären, wie sich die Rechtslage nach Ablauf dieser Frist darstellt.

Aus der Untersuchung können zwei Fälle als unproblematisch ausgeschieden werden:

Erstens, die Miterbengemeinschaft stellt [1] die Fortführung des ererbten Geschäftes mit Fristablauf ein. Damit erübrigt sich die Frage, was nunmehr Rechtsform des Unternehmens ist.

Zweitens, die Miterbengemeinschaft führt den ererbten Betrieb ausdrücklich in eine gesetzlich fixierte Gesellschaftsform über. Auch hier stellt sich die Frage nach der Rechtsform des Unternehmens nicht mehr.

Wird dagegen das Geschäft über die Frist des § 27, Abs. 2 HGB hinaus weiterbetrieben, ohne daß ein gesetzlicher Typus ausdrücklich gewählt wurde, fragt sich, ob damit aus der Erbengemeinschaft eine OHG geworden ist, oder ob es sich um ein vom Recht nicht vorgesehenes Gebilde handelt, das es zu beseitigen gilt.

Um beurteilen zu können, ob durch die Weiterführung aus der Erbengemeinschaft in Ansehung des Handelsgeschäfts eine OHG entsteht, muß einmal Klarheit darüber gewonnen werden, ob und wie sich beide Rechtsformen unterscheiden.

---

1) Über die Voraussetzungen einer rechtsgültigen Einstellung vgl. Würdinger in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 11 zu § 27; Dür.-Hachenburg-Hoeniger, Anm. 11 zu § 27 HGB; Stegemann, S. 113; Hueck, ZHR 108, 16

§ 8

VERGLEICH DER STRUKTURELEMENTE EINER OHG UND EINER ERBENGEMEINSCHAFT, DIE EIN VOLLKAUFMÄNNISCHES HANDELSGESCHÄFT BETREIBT

I. Die gemeinsamen Strukturelemente

Werden die Strukturelemente einer OHG denen einer Erbengemeinschaft, die zeitweilig ein vollkaufmännisches Handelsgeschäft betreibt, gegenübergestellt, so fällt die Vielzahl der Gemeinsamkeiten auf. Nach der Legaldefinition des § 105, Abs. 1 HGB ist die OHG eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist und bei der sämtliche Gesellschafter der OHG gegenüber unbeschränkt haften. Die Erbengemeinschaft dagegen ist (nach den Feststellungen der Teile I und II dieser Arbeit) eine kraft Gesetzes entstehende Gesamthandsgemeinschaft (die Miterbengemeinschaft), in deren gemeinsamen Verwaltung die Mitglieder (die Miterben) ein ererbtes vollkaufmännisches Unternehmen unter gemeinschaftlicher Firma fortführen. Aus dieser Gegenüberstellung ergeben sich im einzelnen folgende gemeinsame Strukturelemente:

1. Der gemeinsame Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes

Auf den gemeinsamen Betrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes zielt der Zweck einer OHG (§ 105, Abs. 1 HGB). Das Unternehmen selbst entsteht aus den Beitragsleistungen, welche die Gesellschafter in Verfolgung dieses Zweckes einbringen (§§ 105, Abs. 2 HGB i. V. m. § 718, Abs. 1 BGB). Die Erbengemeinschaft dagegen muß einen Einzelkaufmann beerben, der ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe im Sinne des § 1 HGB betrieben hat oder der Inhaber eines im Handelsregister eingetragenen Betriebes im Sinne des § 2 HGB gewesen ist [1].

Die einzelnen Vermögensgegenstände des Handelsgewerbebetriebs stehen bei der OHG wie bei der Erbengemeinschaft im Gesamthandeigentum der Gesellschafter bzw. der Miterben (§ 119 HGB bzw. § 2032, Abs. 1 BGB).

---

1) Wie gezeigt wurde, darf eine Erbengemeinschaft ein Geschäft nicht neu gründen, ein bereits bestehendes Unternehmen nicht erwerben und auch kein Handelsgeschäft fortführen, das gemäß § 2 HGB eintragungsfähig war, aber bislang noch nicht eingetragen wurde (vgl. § 2, I. 3b und FN 6, § 7).

2. Aufgabe der Gesellschafter wie Miterben ist die Förderung des Handelsgewerbebetriebs

Bei der OHG ist die Verpflichtung eines jeden Gesellschafters, den Betrieb eines Handelsgewerbes in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise zu fördern, notwendiges Element (§ 105, Abs. 1 HGB). Die Miterben dagegen schließen sich nicht zum gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes durch Vertrag zusammen. Dies bedeutet jedoch nicht, daß sie ohne jede gemeinsame Beziehung im Hinblick auf das ererbte Unternehmen sind. Das Handelsgeschäft fällt in den Nachlaß, der gemeinschaftliches Vermögen der mehreren Erben ist (§ 2032, Abs. 1 BGB). Die Erben haben den Nachlaß und damit das Handelsgeschäft grundsätzlich gemeinschaftlich zu verwalten (§ 2038 BGB). Wird mit der herrschenden Lehre die Nachlaßverwaltung als all diejenigen tatsächlichen und rechtlichen Maßnahmen gekennzeichnet, die zur Erhaltung, Mehrung und Nutzung des Nachlasses dienen, und weiter daran gedacht, daß die Nachlaßverwaltung den Miterben als gemeinschaftliche Aufgabe gestellt ist, so lassen sich in der gemeinsamen Vertretung unschwer Elemente einer gemeinsamen Zweckförderung finden. Die Verwaltung bezieht sich zwar nicht ausschließlich auf das ererbte Handelsgeschäft, sondern auf die Nachlaßgegenstände insgesamt, doch wird das Element der gemeinsamen Zweckförderung gerade bei dem ererbten Unternehmen im Vordergrund stehen. Das ergibt sich aus der "Natur der Sache", wird der wirtschaftliche Wert des Handelsgeschäfts und damit des Nachlasses nur erhalten bleiben, wenn sich die Miterben gemeinsam dem Betrieb des Geschäfts widmen [2].

3. OHG und Erbengemeinschaft führen eine gemeinschaftliche Firma

Zum Wesen der OHG gehört, daß der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist (§ 105, Abs. 1 HGB). Die OHG erwirbt die Firma deshalb originär kraft des vertraglichen Zusammenschlusses der Gesellschafter. Aber auch die Miterben führen eine gemeinschaftliche Firma, wenn sie das ererbte Geschäft in Verwaltung des Nachlasses fortführen und dabei unter der Firma des Erblassers auftreten. Die Miterben benutzen die Firma als Kollektivbezeichnung. Sie wird von der Gemeinschaft der Miterben als solcher verwendet, was das Wesen einer gemeinschaftlichen Firma ausmacht [3].

Schließlich können sogar beide Firmen äußerlich übereinstimmen, da auch der OHG nach § 22, Abs. 1 HGB erlaubt ist, gegebenenfalls die Firma eines Einzelkaufmanns zu übernehmen.

---

2) Vgl. BGHZ 1, 63; KG in JFG 19, 84

3) Hueck, OHG § 1, I. 3a; Weipert in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 19 zu § 105; Schlegelberger-Geßler, Anm. 17 zu § 105 HGB

4. OHG-Gesellschafter wie Miterben trifft eine persönliche und unbeschränkte gesamtschuldnerische Haftung

Bei der OHG darf nach § 105, Abs. 1 HGB die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bei keinem Gesellschafter beschränkt sein. Die Gesellschafter haften damit als Gesamtschuldner für die Gesellschaftsverbindlichkeiten persönlich und unbeschränkt (§ 128 HGB, §§ 421 - 426 BGB).

Auch die Miterben haften für die laufenden Verbindlichkeiten des Handelsgeschäfts persönlich und unbeschränkt als Gesamtschuldner. Wie die Kritik der Thesen der herrschenden Lehre gezeigt hat, ergibt sich dies zwar nicht aus dem Gesetz selbst, eine derartige Haftung ist aber von der Rechtsprechung entwickelt worden [4].

II. Die unterschiedlichen Strukturelemente

Die Unterschiede zwischen einer OHG und einer Erbengemeinschaft, die zeitweilig ein vollkaufmännisches Handelsgeschäft fortführt, beschränken sich demnach auf ein einziges, wenngleich wesentliches Element: OHG und Erbengemeinschaft unterliegen verschiedenen Entstehungstatbeständen.

Die OHG entsteht durch einen Vertrag, der auf Herstellung einer Personengemeinschaft gerichtet ist, deren Zweck durch den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinsamer Firma bei unbeschränkter Haftung der Gesellschafter bestimmt wird. Wie § 105, Abs. 2 HGB erweist, legt das HGB bei der OHG die Gesellschaftsstruktur der BGB-Gesellschaft zu Grunde. Die OHG stellt eine Personenvereinigung auf vertraglicher Grundlage dar [5]. Demgegenüber liegt der Entstehungstatbestand einer Erbengemeinschaft, die zeitweilig ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe weiterbetreibt, in dem Anfall eines solchen Unternehmens an die Gemeinschaft.

Nach dem Erbrecht des BGB geht mit dem Tode einer Person deren Vermögen als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen über (§ 1922, Abs. 1 BGB). Fällt die Erbschaft mehreren Personen zu, bedingt die gemeinsame Beteiligung an dem Nachlaß zwangsläufig ein Gemeinschaftsverhältnis, das der Gesetzgeber als Gesamthandsverhältnis ausgestaltet hat (§ 2032, Abs. 1 BGB) [6].

---

4) Vgl. § 7, II. 1

5) Staudinger-Geiler-Keßler, Anm. 1 zu § 705 BGB

6) Über die begriffliche Natur dieser Gemeinschaftsform herrscht in der Literatur ein allerdings mehr theoretischer Streit. Vgl. dazu Staudinger-Lehmann, Anm. 6 zu § 2032 BGB.

Während sich also bei einer OHG mehrere Personen freiwillig auf vertraglicher Grundlage zu einer Gesellschaft zusammenschließen, werden die mehreren Erben eines Erblassers kraft Gesetzes in der Erbengemeinschaft zusammengefaßt.

Die divergierenden Entstehungstatbestände bedingen weiterhin einen unterschiedlichen Charakter der durch sie geschaffenen Personenvereinigungen.

Die gesetzlich zusammengefügte Gemeinschaft der Erben, die vom Interessenwiderstreit ihrer Glieder beherrscht wird, drängt schon aus sich heraus zur Auflösung. Dieser Tendenz mußte der Gesetzgeber zwangsläufig Rechnung tragen. Er konstruierte die Erbengemeinschaft demgemäß als Liquidationsgemeinschaft, die nur den Bestandswert des Nachlasses sichern und für seine gerechte Verteilung sorgen soll [7].

Demgegenüber ist die OHG Dauergemeinschaft [8]. Sie fußt auf dem freiwilligen Zusammenschluß ihrer sich gegenseitig vertrauenden Gesellschafter. Die Absicht dieser Gesellschafter richtet sich nicht auf Abwicklung, sondern auf "einen für die Dauer unternommenen Kreis von Geschäften als Ganzes" [9].

Die Umwandlung einer Erbengemeinschaft, die zeitweilig ein Handelsgeschäft fortführt, in eine OHG setzt damit einen Wandel in der Grundstruktur der Erbengemeinschaft voraus. Aus der Abwicklungsgemeinschaft muß eine Dauergemeinschaf werden [10]. Eine solche Veränderung ist nach dem Gesagten anzunehmen, wenn die Fortführung aufhört, eine Handlung zum Zwecke der Nachlaßverwaltung zu sein. Die Absicht der Erben ist dann nicht mehr auf die Abwicklung gerichtet, sondern diese wollen das Geschäft auf unbestimmte Zeit als Erwerbsquelle fortführen, gemeinsam ein Handelsgewerbe auf die Dauer betreiben. Tut die Miterbengemeinschaft eine solche Strukturänderung ausdrücklich oder stillschweigend kund oder läßt sich diese aus den Umständen entnehmen, ist aus der Miterbengemeinschaft in Ansehung [11] des Handelsgeschäfts eine OHG geworden. Die Überführung der Erbengemeinschaft in eine OHG fordert mithin nicht einen ausdrücklichen Gründungsvertrag. Die auf die Strukturänderung hinzielende vertragliche Willensäußerung genügt, denn eine Personengemeinschaft besteht bereits, sie braucht also nicht erst geschaffen, sondern muß lediglich angepaßt werden [12].

---

7) Vgl. statt aller BGHZ 17, 301 = NJW 55, 1227 = MDR 55, 537

8) OLG München, HRR 1937, 1593; RG in LZ 1922, Sp. 685

9) RGZ 66, 51

10) Bolte, ZHR 55, 331; Bunge, ZAkDR 1940, 193; Frohwein, DFG 1940, 105; Lohaus, S. 33; OLG München, HRR 1937, 1593; RG in LZ 1922, 685 und LZ 1912, 158

11) Eine Teilauseinandersetzung wird allgemein als zulässig erachtet, vgl. statt aller Erman-Bartholomeyczik (3. Aufl.), Anm. 7 zu § 2042 BGB

12) Vgl. Gaußmüller, DNotZ 1955, 181, Anm. 26. Eines Umwandlungsaktes bedarf es, da Erbengemeinschaft u. OHG nicht identisch sind. Vgl. Hueck, OHG § 6, V, S. 43; Frohwein DFG 1940, 104; Goldschmidt II, JW 31, 3057

Dagegen kann der Auffassung Ganßmüllers [13], die Umwandlung könne in einem einstimmigen Beschluß als solchem gesehen werden, nicht zugestimmt werden, denn das Gesetz setzt als Entstehungstatbestand einer Personalgesellschaft einen Vertrag voraus [14]. Eine andere Frage ist, ob in einem solchen einstimmigen Beschluß nicht zugleich eine auf die Strukturänderung hinzielende Willensäußerung gesehen werden kann. Das soll im nächsten Paragraphen untersucht werden.

13) Ganßmüller, a.a.O., S.178, 179
14) KG in DR 1940, 977; Fischer, DNotZ 1955, 184 ff

§ 9

DIE AUSDRÜCKLICHE ODER STILLSCHWEIGENDE BESCHLUSSFASSUNG ÜBER DIE FORTFÜHRUNG DES ERERBTEN HANDELSGESCHÄFTS ALS OHG-GRÜNDUNGSAKT

I. Die Beschlußfassung

Soll in dem Beschluß über die Fortführung des Geschäfts über die Frist des § 27, Abs. 2 HGB hinaus der Umwandlungsakt gesehen werden, der die Erbengemeinschaft in eine OHG überführt, muß vorab Klarheit über das Wesen eines solchen Beschlusses gewonnen werden.

1. Die Arten und der Inhalt der Beschlußfassung

a) Die Arten

Die Weiterführung des ererbten Handelsunternehmens eines Einzelkaufmanns über die Frist des § 27, Abs. 2 HGB hat nach dem Gesetz bestimmte haftungsrechtliche Folgen (§§ 27, Abs. 2 und 25, Abs. 1 und 3 HGB). Im Regelfall werden daher die Miterben gemeinsam darüber beraten und beschließen [1], wie sie den ererbten Betrieb weiterführen wollen.

Ein solcher ausdrücklicher Beschluß ist aber nach dem Gesetz nicht notwendig, wie sein Wortlaut ergibt. Die Miterben können den Betrieb ebenso gut stillschweigend über die Frist des § 27, Abs. 2 HGB hinaus fortsetzen. Dabei darf angenommen werden, daß im allgemeinen die Fortführung des Handelsgeschäfts durch einen der Miterben mit Wissen der übrigen die stillschweigende Bevollmächtigung des weiterführenden Miterben darstellt, da eine solche Duldung nach der Lebenserfahrung regelmäßig das Einverständnis der übrigen Erben mit der Fortführung enthält [2]. Es ist allerdings immer zu beachten, daß es sich um eine Ermächtigung zur Fortführung über die Frist des § 27 HGB hinaus handeln muß. Ergeben sich für eine der-

1) Die Frist des § 27, Abs. 2 HGB kann zwar für die einzelnen Erben zu verschiedenen Zeitpunkten beginnen, läuft aber für alle erst mit der spätesten Frist ab. Dies ergibt sich daraus, daß wegen der mit dem Fristablauf verknüpften Folgen ein einheitlicher Zeitpunkt für alle Erben notwendig ist, der auch beim einzelnen, den die Bestimmung im Auge hat, gewährleistet ist, ebenso Winckelmann, S. 70; Kretzschmar, ZBlFG 17, 5; Kreß, S. 159; anders Keil, S. 69 und Schultess, S. 33 ff

2) BGH in LM § 27 HGB Nr. 2 mit Anmerkung von Fischer

artige Annahme keine Anhaltspunkte, entfällt der gemeinsame Fortführungsbeschluß und die Fortführung. Die Erbengemeinschaft scheidet dann als Inhaberin des Handelsgeschäfts aus.

An eine besondere Form ist die Beschlußfassung nicht gebunden. Die Rechtsnatur des Beschlusses bestimmt sich nach allgemeinen Regeln.

Es ist damit eine ausdrückliche und eine stillschweigende Beschlußfassung zu unterscheiden. Diese Unterscheidung bringt allerdings keine rechtlichen Konsequenzen mit sich. Beide Arten der Beschlußfassung stehen sich gleichwertig gegenüber.

b) Inhalt

Inhalt des ausdrücklichen oder stillschweigenden Beschlusses ist die Fortführung des ererbten Handelsgeschäfts über die Frist des § 27, Abs. 2 HGB hinaus.

Dieser Inhalt wird weiterhin modifiziert, je nachdem, ob die Erben das Geschäft unter der Firma des Erblassers fortführen, oder für das Unternehmen eine neue Firma wählen wollen, was ihnen beides nach § 27 HGB freisteht. Ein anderer Inhalt ist für einen Fortführungsbeschluß nicht gegeben. Die Beschlußfassung ist mithin nach dem Inhalt zu trennen in Fortführungsbeschlüsse unter Beibehaltung der Firma des Erblassers und solchen, die zugleich die Wahl einer neuen Firma festlegen.

2. Die rechtliche Bedeutung des Fortführungsbeschlusses

Bei der Untersuchung der rechtlichen Bedeutung der Beschlußfassung soll an die oben gegebene Unterscheidung angeknüpft werden, da es wahrscheinlich ist, daß die Bedeutung des Beschlusses von seinem jeweiligen Inhalt abhängt.

a) Die rechtliche Bedeutung des Fortführungsbeschlusses unter Beibehaltung der Firma des Erblassers

aa) Die rechtliche Bedeutung eines solchen Fortführungsbeschlusses äußert sich einmal darin, daß die Miterben nach Ablauf der Frist des § 27, Abs. 2 HGB für alle durch den Erblasser begründeten Verbindlichkeiten unbeschränkt haften, § 27, Abs. 2 i. V. m. § 25, Abs. 1 HGB.

Das ist nicht völlig unbestritten und hängt von der Frage ab, ob § 27, Abs. 1 den ganzen § 25 HGB für entsprechend anwendbar erklärt oder nur dessen 1. und 3. Absatz. Wendet man § 25, Abs. 2 HGB analog an, können die Erben die sie nach Abs. 1 treffende Haftung durch eine entsprechende Eintragung und Bekanntmachung oder Mitteilung abwenden.

Letztere Möglichkeit halten ein Teil der Lehre [3] und das Kammergericht [4] für gegeben. Zur Begründung wird angeführt, der Wortlaut [5] des § 27, Abs. 1 HGB lasse eine Einschränkung der dort angeordneten entsprechenden Anwendung des ganzen § 25 HGB auf einzelne Teile, insbesondere auf seinen Abs. 1 und 3, nicht erkennen. Es sei aber auch kein innerer Grund gegeben für eine solch einschränkende Auslegung des Gesetzes. Sicher sei im Falle des § 27 HGB eine "Vereinbarung" zwischen dem bisherigen und dem neuen Geschäftsinhaber ausgeschlossen [6], eine solche "Vereinbarung" sei aber im gegebenen Fall und zum Schutze der Geschäftsgläubiger überhaupt nicht notwendig. Das Erfordernis der Vereinbarung beruhe auf der Verkehrsauffassung, die Geschäftsübernahme mit Firma bedeute normalerweise auch die interne Übernahme der gesamten Aktiva und Passiva. Bei der Vererbung des Handelsgeschäfts gingen aber die Passiva zwangsläufig auf die Erben über, in deren Hand der Nachlaß hafte [7].

Die Übertragung der Regelung des § 25, Abs. 2 HGB auf den Vererbungsfall scheitere auch nicht an den Interessen und dem Schutz der Geschäftsgläubiger. Die Gläubiger hätten dem Erblasser Kredit gegeben und hätten deshalb Anspruch darauf, aus dem Vermögen ihres Schuldners, nunmehr dem Nachlaß, befriedigt zu werden. Sie hätten aber kein Anrecht darauf, daß ihnen das persönliche Vermögen der Erben hafte, wenn diese eine solche Haftung nicht übernehmen wollten [8]. Gegen dieses Ergebnis könne nicht eingewandt werden, daß die Erben die Haftungsgrundlage durch die Weiterführung veränderten und demgemäß unbeschränkt zu haften hätten, da dieser Einwand vom Gesetzgeber selbst bei der Fortführung des Geschäfts ohne Firma nicht berücksichtigt worden sei [9].

Überdies sei bei einer analogen Anwendung des § 25, Abs. 2 HGB die Bestimmung des § 27, Abs. 2 HGB auch nicht bedeutungslos. Die beiden Vorschriften würden verschiedene Fälle betreffen. § 25, Abs. 2 HGB verlange eine unverzügliche Ein-

---

3) Ganßmüller, DNotZ 1955, 181; Keidel-Schmatz, S. 7030; Bolte, ZHR 51, 458; Heintzenberg, S. 27; Lohauß, S. 25; Stegemann, S. 119; Piesko, S. 258; Staub-Bondi, Anm. 11 zu § 27 HGB; Würdinger in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 5 zu § 27

4) KG in JW 1937, 2599 und DR 40, 2007 ff

5) KG DR 1940, 2008

6) Dagegen hält Dür. -Hachenburg-Hoeniger eine solche "Vereinbarung" für möglich und sieht sie in einer erbvertragsmäßigen oder testamentarischen Bestimmung. Auf diese Fälle beschränkt will er auch die analoge Anwendung des § 25, Abs. 2 HGB zulassen. Vgl. Anm. 6 zu § 27 HGB

7) Würdinger in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 5 zu § 27; KG DR 1940, 2008

8) Würdinger, a. a. O., wie FN 7; Hueck, ZHR 108, 9; Bolte, ZHR 51, 458

9) Hueck, ZHR 108, 10; KG DR 1940, 2009

tragung oder Mitteilung an die Gläubiger, § 27, Abs. 2 HGB dagegen gebe den Erben noch drei Monate lang die Möglichkeit, die unbedingte Haftung zu beseitigen [10].

Einer derartigen Auslegung des § 27, Abs. 1 HGB wird mit Recht entgegengehalten, daß das Gesetz die entsprechende Anwendung des § 25 HGB nur auf die Haftung der Erben vorschreibt [11]. Nur die Absätze 1 und 3 des § 25 HGB sind deshalb analog anwendbar. Allein sie treffen Bestimmungen über die Haftung der Erben. Diese Auslegung wird zudem durch die hier wirklich aufschlußreichen Gesetzesmaterialien [12] gedeckt.

Neben diesem mehr philologischen Argument ist weiter der Hinweis berechtigt [13], daß die Bedeutung des § 27, Abs. 2 HGB stark herabgesetzt wird, wenn die analoge Anwendung des § 25, Abs. 2 HGB auf den Vererbungsfall zugelassen wird. Es ist der Gegenmeinung zwar zuzugeben, daß sich die §§ 25, Abs. 2 und 27, Abs. 2 HGB insofern nicht überschneiden, als der eine die unverzügliche Eintragung oder Mitteilung des Haftungsausschlusses verlangt, während der andere das gleiche Ergebnis noch nach Ablauf der Frist des § 27, Abs. 2 HGB ermöglicht. Der praktisch häufigere, weil vorteilhaftere Weg wird aber immer der des § 25, Abs. 2 HGB bleiben. Er ermöglicht es den Erben, den in der Erblasserfirma liegenden Wert zu realisieren, ohne zugleich die persönliche Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten übernehmen zu müssen.

Zu einer echten Lösung der Streitfrage kann man nur mit Hilfe einer teleologischen Interpretation gelangen. § 27, Abs. 1 HGB wie auch der durch ihn (hinsichtlich der Vorschriften über die Haftung) für entsprechend anwendbar erklärte § 25 HGB gehen von dem Grundsatz aus, daß bei der Fortführung eines vollkaufmännischen Geschäfts der neue oder alte Inhaber für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten persönlich und unbeschränkt zu haften hat. Bei einer Geschäftsübertragung unter Lebenden stehen dafür sowohl der frühere als auch der jetzige Geschäftsinhaber zur Verfügung. Dem trägt die Vorschrift des § 25, Abs. 2 HGB Rechnung. Bei einem Inhaberwechsel durch Vererbungsfall kann sich das Gesetz nurmehr an die einzelnen Erben persönlich halten. Sicher ist bei ihnen der Nachlaß als gesonderte Vermögensmasse haftbar, aber die Haftung mit dem Nachlaß kann nicht der persönlichen, unbeschränkten Haftung eines früheren Geschäftsinhabers gleichgesetzt

---

10) Hueck, ZHR 108, 12; KG a. a. O. wie FN 9

11) Schlegelberger-Hildebrandt, Anm. 14 zu § 27 HGB; Schultess, S. 33

12) Vgl. Hahn-Mudgan, S. 220; vgl. andererseits aber auch S. 221

13) Darauf stellen ab: Cohn in Gruchot 42, 631; Lion, LZ 1925, 846; Winckelmann, S. 22, ohne allerdings den Einwand der herrschenden Lehre von den verschiedenen Funktionsbereichen des § 27, Abs. 2 und des § 25, Abs. 2 HGB zu berücksichtigen.

werden, ist doch der Nachlaß eine fixierte Vermögensmasse zu Liquidationszwekken und die Möglichkeit, die Haftung zu verwirklichen, dementsprechend beschränkt, während ein früherer Geschäftsinhaber, der persönlich und unbeschränkt haftet, weit größere Chancen für eine volle Befriedigung bietet. Die Erben allein gewährleisten also die unbeschränkte persönliche Haftung. Der vollkommenen Verwirklichung dieses Grundsatzes stehen aber die Interessen der Erben und Geschäftsgläubiger entgegen. Die Erbeninteressen verlangen, daß eine gewisse Überlegungsfrist gegeben ist, während der sich die Erben über das "Ob" und "Wie" der Geschäftsfortführung klar werden können [14]. Die Gläubigerinteressen fordern diese Frist ebenso. Nur wenn die Erben eine solche Bedenkzeit bekommen, werden sie das Geschäft weiterbetreiben [15], was im Interesse der Gläubiger liegt, weil hierdurch der Geschäftswert erhalten bleibt.

§ 27, Abs. 2 HGB ist mithin eine auf den Vererbungsfall zugeschnittene und einzig hieraus gerechtfertigte abschließende Ausnahme von dem Grundsatz, daß bei einer Geschäftsfortführung unter alter Firma der alte oder neue Inhaber für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt zu haften hat. Demgegenüber geht § 25, Abs. 2 HGB von anderen Voraussetzungen aus, nämlich davon, daß für die unbeschränkte Haftung sowohl der alte wie der neue Inhaber in Frage kommen kann. Seine analoge Anwendung auf den Vererbungsfall verbietet sich damit. Dem kann die abweichende Regelung der Geschäftsfortführung unter neuer Firma nicht entgegengehalten werden. Der Grundsatz der unbeschränkten Haftung für alte Geschäftsverbindlichkeiten gilt eben nur bei einer Weiterführung des Betriebs mit alter Firma.

Die hier vertretene Auffassung wird weiter durch den Sinn der Überlegungsfrist des § 27, Abs. 2 HGB gestützt. Diese Frist gibt den Erben Zeit, sich darüber schlüssig zu werden, ob es sich lohnt, das ererbte Geschäft fortzuführen, es zu verkaufen, aufzulösen oder unter einer neuen Firma oder Rechtsform zu betreiben. Für jede Möglichkeit werden gegebenenfalls Gründe bestehen. § 27, Abs. 2 HGB will damit den Erben einerseits eine Schonfrist, andererseits aber auch eine Schutzfrist sein. Der Schutz vor sich selbst ist unserem Recht nicht fremd, wie die besonderen Formvorschriften bei gefährlichen Rechtsgeschäften erweisen [16]. Die Erben sollen vor einer zu schnellen Entscheidung geschützt werden, durch die sie den Wert des Geschäftes herabsetzen könnten. Der "Angstschrei" des § 25, Abs. 2 HGB hätte aber gerade diese Folge. Zwar betrifft dieser Haftungsausschluß nur die al-

14) Vgl. FN 2 (§ 5)

15) Vgl. FN 4 (§ 5)

16) Vgl. z.B. § 313, S. 1 BGB. Der Sinn dieser Vorschrift wird allgemein zum Teil im Schutz vor sich selbst gesehen, vgl. RGZ 169, 189; Soergel-Siebert-Schmidt, Anm. 1 zu § 313 BGB

ten Geschäftsverbindlichkeiten, die Verkehrsanschauung trennt aber hier nicht genau, sondern nimmt an, daß bei einem solchen Unternehmen nicht alles in Ordnung sei [17]. Auch das spricht gegen eine entsprechende Anwendung [18].

bb) Die rechtliche Bedeutung des Fortführungsbeschlusses unter Beibehaltung der Firma des Erblassers liegt weiter darin, daß die Miterben diese Entscheidung einstimmig zu treffen haben. Von einer Minderheit in der Literatur [19] wird allerdings vertreten, die Fortführung des Geschäftes zähle zur Nachlaßverwaltung und könne demgemäß mit Mehrheitsbeschluß angeordnet werden. Von der als herrschend zu bezeichnenden Gegenmeinung [20] wird demgegenüber zutreffend betont, daß es sich bei der Fortsetzung des Handelsgewerbebetriebes über die Frist des § 27, Abs. 2 HGB nicht lediglich um eine der ordnungsgemäßen Verwaltung zugehörende, sondern um eine das persönliche Vermögen der Miterben ergreifende Maßnahme handele. Dies schon deshalb, weil mit der Fortführung die unbeschränkte Haftung für frühere Geschäftsverbindlichkeiten verbunden sei. Aus diesem besonderen Charakter des Beschlusses wird gefolgert, daß er von den Erben einstimmig zu fassen sei.

Folgt man der Ansicht Geineders [21] und faßt die Fortführung des Geschäfts als Verfügung über einen Nachlaßgegenstand auf, so ergibt sich die Einstimmigkeit aus dem Verfügungscharakter des Beschlusses. Gemäß § 2040, Abs. 1 BGB können die Erben über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen.

cc) Die rechtliche Bedeutung des Fortführungsbeschlusses unter Beibehaltung der Firma des Erblassers äußert sich zuletzt in der hierdurch bedingten Eintragungspflicht des Inhaberwechsels.

Die Änderung der Inhaber einer Firma ist gemäß § 31 HGB zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Während der Frist des § 27, Abs. 2 HGB [22] ist die Erbengemeinschaft von dieser Pflicht befreit, da so lange nicht feststeht, ob das

---

17) Bolte, ZHR 51, 447

18) Im Ergebnis ebenso: Dohn, a. a. O. wie FN 13; Lion, a. a. O. wie FN 13; Winckelmann, S. 27; Schultess, S. 33; Koenige-Teichmann-Koehler, Anm. 3 zu § 27 HGB; Baumb.-Duden, Anm. 1 D zu § 27 HGB; insbes. Schlegelberger-Hildebrandt, a. a. O. wie FN 11

19) Hochgräbe, S. 44; Heintzenberg, S. 26, 27; Keil, S. 76; Lohauß, S. 29 ff

20) Hafner, § 212, S. 507; Hueck, ZHR 108, 24; Kretzschmar, ZBlFG 17, 5; Strohal, S. 91; Dür.-Hachenburg-Hoeniger, Anm. 11 zu § 27 HGB; Winckelmann, S. 70; Fischer, Anm. zu LM § 27 HGB Nr. 2

21) Vgl. § 4, II

22) Vgl. § 7, I. 4

Geschäft für dauernd weiterbetrieben werden soll. Aufgabe des Handelsregisters ist es anerkanntermaßen [23] nicht, nur vorübergehende Tatsachen und Rechtsverhältnisse aufzunehmen. Nach Ablauf der Überlegungsfrist hört diese Suspendierung auf, die Miterben haben gemäß § 31 HGB den Übergang der Firma des Erblassers auf sie zum Handelsregister anzumelden. Sie wollen nunmehr das Geschäft nicht mehr vorübergehend, sondern für eine gewisse Dauer weiterbetreiben.

b) Die rechtliche Bedeutung eines Fortführungsbeschlusses, der zugleich die Wahl einer neuen Firma festlegt

aa) Die rechtliche Bedeutung eines solchen Fortführungsbeschlusses offenbart sich in erster Linie in der Wahl der neuen Firma. Die Erben bedienen sich ihrer als einer Kollektivbezeichnung, unter der sie im Handelsverkehr auftreten, ihre Geschäfte betreiben und ihre Unterschriften abgeben. Die Erben wollen Kaufmann sein [24], und zwar nicht jeder für sich allein, sondern gemeinsam unter gemeinschaftlicher Firma. Dieses Wollen bedingt zugleich ein Moment der Dauer. Die Erben können nicht nur für eine kurze Übergangszeit das Handelsgewerbe gemeinsam unter der neuen Firma betreiben; dies folgt aus dem Wesen eines Handelsgewerbebetriebes [25].

Rechtstechnisch wird diese Firma in der Weise gebildet, daß die Namen sämtlicher Erben mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen zum Handelsregister angemeldet werden [26].

bb) Die rechtliche Bedeutung eines derartigen Beschlusses wird weiterhin ersichtlich in dem darin liegenden Verzicht auf den mit der Erblasserfirma verbundenen wirtschaftlichen Wert. Wie bereits ausgeführt wurde [27], verknüpfen sich mit der Firma die geschäftlichen Beziehungen sowie der Ruf des Hauses. Beide machen einen erheblichen Wert des Geschäftes aus. Auf diesen verzichten die Erben, wenn sie eine neue Firma wählen, um die unbeschränkte persönliche Haftung für frühere Geschäftsverbindlichkeiten zu vermeiden [28].

23) Wie FN 5 (§ 7)

24) Schlegelberger-Hildebrandt, Anm. 2 zu § 17 HGB; Groschuff, JW 1935, 3257 ff

25) Vgl. § 3, I. 1

26) Enthält die Firma nur den Namen eines Erben mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz, so geben die Erben damit ausdrücklich kund, daß sie eine OHG bilden wollen. Der Fall, daß die Erben ihrer Firma den Zusatz "in Erbengemeinschaft" beifügen, soll hier ausgeschieden werden, er wird unter § 9, III behandelt werden.

27) Vgl. § 3, III. 2a und FN 118 (§ 3)

28) Gemäß §§ 27, Abs. 1 und 25, Abs. 3 HGB haften hier die Erben nur persönlich und unbeschränkt, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt.

cc) Nicht zuletzt macht die rechtliche Bedeutung des Fortführungsbeschlusses auch hier die Tatsache aus, daß die Miterben diese Entscheidung einstimmig treffen müssen. Nimmt man allerdings an, es handele sich dabei lediglich um eine Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses, würde ein Mehrheitsbeschluß genügen. Jedoch der Fortführungsbeschluß, der zugleich die Wahl einer neuen Firma festlegt, beinhaltet mehr und geht über die reine Nachlaßverwaltung hinaus [29]. Der einzelne Erbe wird zudem vor die Frage gestellt, ob er den Geschäftswert der Erblasserfirma oder die Befreiung von der Pflicht, für frühere Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt haften zu müssen, höher veranschlagt.

Stimmt man Geineder zu und sieht in der Fortführung des Geschäfts eine Verfügung über einen Nachlaßgegenstand, ergibt sich aus dem Gesetz (§ 2040, Abs. 1 BGB) die Notwendigkeit eines einstimmigen Beschlusses.

II. Der Umwandlungsakt

Nachdem das Wesen und insbesondere die rechtliche Bedeutung der Beschlußfassung geklärt worden ist, gilt es zu prüfen, ob der Fortführungsbeschluß die Erfordernisse, die an einen Umwandlungsakt zu stellen sind, zu erfüllen vermag.

1. Die Beschlußfassung als regelmäßige [30] Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine OHG

Zur Überführung der Erbengemeinschaft in eine OHG bedarf es nach den vorausgegangenen Untersuchungen [31] nicht eines ausdrücklichen Gründungsvertrages. Es genügt die auf die Strukturänderung hinzielende vertragliche Willensäußerung der Miterben, der Umwandlungsakt. Dieser Umwandlungsakt setzt voraus; erstens [32], daß die Fortführung aufhört, eine Handlung zum Zwecke der Nachlaßverwaltung zu sein; zweitens [33], den Wechsel von der Abwicklungs- zur Dauergemeinschaft und drittens [34], die Absicht der Erben, das Geschäft als Erwerbsquelle anzusehen. Dabei können allerdings diese Voraussetzungen im einzelnen nicht eindeutig von einander abgegrenzt werden, sondern sie fließen jeweils ineinander über.

---

29) Vgl. FN 20

30) Regelmäßig deshalb, weil die Fälle, in denen die Erben ausdrücklich oder konkludent erklären, eine OHG nicht gründen zu wollen, einer gesonderten Behandlung bedürfen, die sich in § 9, III findet.

31) Vgl. § 8, II

32) Bolte, ZHR 55, 331; Lohauß, S. 33

33) Bunge, ZAkDR 1940, 193 Frohwein, DFC 1940, 104; OLG München, HRR 37, 1593 RG LZ 1922, 685 und LZ 1912, 158; ROHG 11, 101 ff

34) Bolte, ZHR 55, 331; Lohauß, S. 33; BGHZ 17, 299 ff, 301 = MDR 55, 537

a) Die vertragliche Willensäußerung

Der Umwandlungsakt verlangt eine vertragliche Willensäußerung aller Miterben. Sie läßt sich unschwer in dem Beschluß über die Fortführung unter alter oder neuer Firma finden. Dieser Beschluß muß allerdings nicht ausdrücklich und gleichzeitig oder in einer bestimmten Form gefaßt werden, was die vertragliche Willensäußerung aber ebensowenig verlangt. Letztere ersetzt den Gründungsvertrag einer OHG und unterliegt damit dessen, aber auch nur dessen, Voraussetzungen. Ein Gründungsvertrag kann jedoch auch aus den Umständen entnommen werden. Er muß nicht von allen Gesellschaftern gleichzeitig vereinbart werden und bedarf grundsätzlich einer besonderen Form nicht [35].

Auch aus der Rechtsnatur des Beschlusses kann gegen die Annahme eines in ihm liegenden Umwandlungsaktes nichts hergeleitet werden. Der Beschluß stellt die Vereinigung der abgegebenen Stimmen dar. Die einzelne Stimmabgabe, in der die Willensäußerung erfolgt, ist als empfangsbedürftige Willenserklärung eigener Art anzusehen, deren Adressat (sofern es sich nicht um eine Körperschaft handelt) die übrigen Abstimmenden sind [36]. In ähnlicher Weise entsteht der Gründungsvertrag (hier Umwandlungsakt). Er ist nicht als gegenseitiger, sondern als einseitiger Vertrag eigener Art zu qualifizieren, der auf Herstellung einer Personengemeinschaft gerichtet ist [37].

Aus dieser Feststellung läßt sich allerdings nur entnehmen, daß rechtsformal in dem sogenannten Fortführungs"beschluß" entgegen der anderslautenden Bezeichnung ein Gründungsvertrag (Umwandlungsakt) gesehen werden kann. Diese Erkenntnis gilt für jeden Beschluß. Soll in dem Fortführungsbeschluß die vertragliche Willensäußerung des Umwandlungsakts liegen, muß ein solches vertragliches Element festgestellt werden.

Nach allgemeiner Auffassung ist dieser Beschluß einstimmig zu fassen. Dies wurde damit begründet, daß es sich nicht mehr um eine der allgemeinen Nachlaßverwaltung zugehörende, sondern um eine andersartige, das persönliche Vermögen der Miterben ergreifende Maßnahme handele. Diese besondere Natur des Fortführungsbeschlusses läßt die Folgerung zu, daß die Fortführung auf einen Beschluß gar nicht gestützt werden kann und die Beschlußfassung deshalb in Wahrheit eine vertragliche Äußerung der Miterben darstellt.

---

35) ROHG 9, 283; RG in LZ 1922, Nr. 685 ff; OLG München, HRR 37, 1593; KG JW 1939, 365; BGHZ 11, 92 u. Frohwein, DFG 40, 105 ff; die Ausnahme, daß der Vertrag einer besonderen Form bedarf, wird in V, 2 behandelt werden.

36) Vgl. Lehmann, Gesellschaftsrecht, § 6, II

37) Die Rechtsnatur ist allerdings seit jeher umstritten, wie hier Lehmann, Gesellschaftsrecht, § 5; Larenz, Schuldrecht II, § 56, I; Staudinger-Geiler-Keßler, Anm. 8 zu § 705 BGB mit weiteren Literaturnachweisen.

Ein Problem taucht allerdings noch in der Vorschrift des § 181 BGB auf, wenn die Fortführung des Handelsgeschäfts durch einen Miterben mit stillschweigender oder ausdrücklicher Bevollmächtigung der Übrigen erfolgt. Ist eine ausdrückliche Gestattung vorhanden, wird § 181 BGB nicht verletzt. Die Gestattung kann sich auch im Wege der Auslegung im Hinblick auf das der Vollmachtserteilung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ergeben sowie stillschweigend erfolgt sein [38]. Finden sich keine Anhaltspunkte für eine Gestattung, liegt ein schwebend unwirksames[39] Rechtsgeschäft vor, das genehmigt werden kann. Kommt es nicht zu einer Genehmigung, scheidet der Fortführungsbeschluß als Grundlage für eine Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine OHG aus [40].

b) Die Fortführung hört auf, eine Handlung zum Zwecke der Nachlaßverwaltung zu sein.

Die vertragliche Willensäußerung muß einen bestimmten Inhalt haben; die Erben müssen in ihr zum Ausdruck bringen, daß für sie die Fortführung aufhört, eine Handlung zum Zwecke der Nachlaßverwaltung zu sein.

aa) Der Fortführungsbeschluß verbunden mit der Wahl einer neuen Firma ist einstimmig zu treffen, da er nicht mehr eine Handlung der ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses ist, sondern seine rechtliche Bedeutung darüber hinausgeht. Der Fortführungsbeschluß als solcher beinhaltet damit schon die Abkehr von der Nachlaßverwaltung.

Diese Absicht manifestiert sich weiter in der Wahl der neuen Firma. Die Erben wollen das Geschäft nicht mehr unter der Flagge des Erblassers weiterführen, sondern wählen für das ererbte Unternehmen eine neue Kollektivbezeichnung. Sie treten damit aus der Erbengemeinschaft als einer Verwaltungsgemeinschaft heraus. Der Handelsgewerbebetrieb wird von seiner Verknüpfung mit der Erblasserpersönlichkeit gelöst, indem nicht mehr die Erblasserfirma, sondern eine neue originäre Firma benutzt werden soll.

bb) Ebenso bedingt der Fortführungsbeschluß unter Beibehaltung der Erblasserfirma die Abkehr der Gemeinschaft von der Nachlaßverwaltung hinsichtlich des Geschäfts. Auch dieser Beschluß ist in seiner rechtlichen Bedeutung dadurch gekennzeichnet, daß er über eine reine Nachlaßverwaltung hinausgeht.

Mit der Fortführung verbindet sich nach § 31 HGB für die Erben die Pflicht, den Inhaberwechsel des Geschäfts zum Handelsregister anzumelden. Damit machen

38) RGZ 51, 427; vgl. weiter RGZ 68, 172; 74, 213 und 99, 208

39) Boehmer, Grundlagen II/2, S. 57

40) Es kann aber eine "faktische Gesellschaft" vorliegen.

die Erben öffentlich kund, daß nunmehr sie gemeinsame Inhaber des Geschäfts sind. Sie lösen gleichfalls den Handelsgewerbebetrieb von dessen Verknüpfung mit der Erblasserpersönlichkeit. Dabei erlaubt gerade diese Verquickung [41] den Erben, den Handelsgewerbebetrieb in Verwaltung des Nachlasses zu führen. Befreien sich die Erben aus dieser Bindung, läßt dies nur den Schluß zu, daß die Nachlaßverwaltung für das ererbte Handelsgeschäft aufgehört hat.

c) Der Wechsel von der Abwicklungsgemeinschaft zur Dauergemeinschaft

aa) Dieser Wechsel zeigt sich beim Fortführungsbeschluß verbunden mit der Wahl einer neuen Firma in der Wahl selbst. Die rechtliche Bedeutung der Firmenwahl wurde mit in einem "Moment der Dauer" [42] gesehen. Es wurde herausgearbeitet, daß die Erben mit der Wahl der neuen Firma gemeinsam unter gemeinschaftlicher Firma auftreten wollen. Diese Absicht können sie aber nur verwirklichen, wenn sie aus der Abwicklungsgemeinschaft heraus in eine Dauergemeinschaft eintreten, denn nur dann kann vom gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes gesprochen werden [43].

bb) Beim Fortführungsbeschluß unter Beibehaltung der Erblasserfirma findet sich der Wandel von der Abwicklungs- in die Dauergemeinschaft in der dadurch bedingten unbeschränkten und persönlichen Haftung für die alten Geschäftsverbindlichkeiten. Erscheint doch die Entscheidung für eine derartige Rechtsfolge überhaupt nur sinnvoll, wenn sich die Erben damit gleichzeitig entschlossen haben, das Geschäft nicht bloß vorübergehend zu betreiben, sondern als Einnahmequelle von gewisser Dauer zu benutzen.

Weiter läßt sich der Übergang von der Abwicklungs- in die Dauergemeinschaft aus der dadurch ausgelösten Pflicht der Erben folgern, den Inhaberwechsel gemäß § 31 HGB zum Handelsregister anzumelden. Nehmen die Miterben die Anmeldung vor - darin kann der stillschweigende Fortführungsbeschluß gesehen werden -, bringen sie zum Ausdruck, daß sie das Geschäft nunmehr für eine gewisse Dauer betreiben wollen [44].

f) Die Absicht der Erben, das Geschäft als Erwerbsquelle anzusehen

aa) Diese Absicht äußert sich bei der Fortführung unter neuer Firma in dem in der Firmenwahl liegenden Verzicht [45] auf den mit der Erblasserfirma verbunde-

41) Vgl. § 7, I. 5
42) Vgl. § 9, I. 2b, aa
43) Vgl. §§ 3, I. 1 und 7, I. 1
44) Vgl. § 9, I. 2a, cc
45) Vgl. § 9, I. 2b, bb

nen wirtschaftlichen Wert. Geben die Erben diesen Wert auf, lassen sie sich nicht mehr von dem Gedanken einer Nachlaßverwaltung leiten, sondern setzen den Firmenwert in Bezug zu den Chancen, die ihnen eine Fortführung mit neuer Firma, aber ohne Haftung für die alten Geschäftsverbindlichkeiten, bringen kann. Damit hört das Geschäft für die Erben auf, ein Nachlaßgegenstand zu sein, der zu verwalten ist. Es wird ihr Unternehmen, dem sie ihre Arbeitskraft widmen, das sie als Erwerbsquelle ansehen.

bb) Bei der Fortführung des Geschäfts unter der Erblasserfirma folgt die Absicht der Erben, das Geschäft als Erwerbsquelle anzusehen, aus der hierdurch bedingten unbeschränkten und persönlichen Haftung für frühere Geschäftsverbindlichkeiten[46]. Mit dieser Haftung kann für die Erben ein erhebliches Risiko verbunden sein. Sie übernehmen es, um sich mit der Erblasserfirma die alten Geschäftsbeziehungen und den Ruf des Unternehmens zu erhalten. Das lohn sich jedoch nur, weil die Erben nicht mehr die Absicht haben, das Geschäft als Nachlaßgegenstand zu verwalten, um es alsbald zu liquidieren, sondern weil sie es als ihr Geschäft, als ihre Erwerbsquelle ansehen.

e) Die Geschäftsfortführung als Umwandlungsakt, eine Folge der nur zeitlich begrenzten Zulassung der Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgewerbes

Der Charakter des Fortführungsbeschlusses als Umwandlungsakt zeigt sich insbesondere noch in der Tatsache, daß mit Ablauf der Frist des § 27, Abs. 2 HGB, d. h. mit dem Zeitpunkt der Beschlußfassung, den Erben die Erbengemeinschaft als Rechtsform für das ererbte Unternehmen nicht mehr zur Verfügung steht, denn nur für die Frist des § 27, Abs. 2 HGB ist die Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes kraft richterlicher Rechtsfortbildung zugelassen [47]. Das von der herrschenden Lehre [48] gebrauchte Argument, allein aus der Fortführung über die Frist des § 27, Abs. 2 HGB hinaus könne die Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine OHG noch nicht entnommen werden, Inhaberin des Geschäfts könne ja weiterhin ebensogut die Erbengemeinschaft sein, verliert damit an Überzeugungskraft. Geht man davon aus, daß sich die Auffassung einer nur begrenzten Zulassung der Erbengemeinschaft durchsetzt und dementsprechend in das Bewußtsein der beteiligten Kreise aufgenommen wird, spricht doch alles dafür, in dem Beschluß der Miterben, das Geschäft fortzuführen, den Gründungsakt zu sehen [49].

46) Vgl. § 9, I. 2a, aa
47) Vgl. § 6, IV
48) BGH NJW 1951, 312; KG WM 1956, 583 ff
49) Binder III, S. 83, Anm. 144

Die Umwandlung zeigt sich insbesondere auch noch in der Tatsache, daß die Erben eine neue Firma wählen können. Wie gezeigt wurde, ist die Erbengemeinschaft mangels rechtlicher Geschlossenheit nicht in der Lage, eine Firma zu haben. Für die begrenzte Dauer der Inhaberschaft eines ererbten Handelsgeschäfts war als Ausnahme zugestanden, daß sie weiter unter der Erblasserfirma auftritt. Eine Ausnahme, die allein in der Zulassung der Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines Handelsgewerbes kraft richterlicher Rechtsschöpfung begründet liegt. Wählen die Erben eine neue Firma, ist das rechtlich nur möglich, wenn sie zugleich damit zum Ausdruck bringen, nunmehr das Geschäft als OHG fortführen zu wollen, weil allein dann ein firmenfähiges Rechtsgebilde vorhanden ist.

2. Zusammenfassung

Es hat sich gezeigt, daß der Fortführungsbeschluß - gleichgültig, ob die Erblasserfirma beibehalten oder eine neue Firma gewählt wird - die für den Umwandlungsakt notwendigen Elemente beinhaltet. Dieses Ergebnis wird durch die Tatsache gestützt, daß die Miterben nach Ablauf der Frist des § 27, Abs. 2 HGB gar nicht umhin können, das Geschäft in eine andere Rechtsform überzuführen, sofern sie es überhaupt weiterbetreiben wollen.

Der Fortführungsbeschluß wandelt daher regelmäßig die Erbengemeinschaft hinsichtlich des ererbten Geschäfts in eine OHG [50] um.

III. Die Beschlußfassung als Umwandlungsakt trotz ausdrücklicher oder konkludenter Erklärung der Erben, eine OHG nicht gründen zu wollen

In der bisherigen Untersuchung ist davon ausgegangen worden, daß die Erben zu der Frage, ob in ihrem Fortführungsbeschluß die Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine OHG gesehen werden kann, weder ausdrücklich noch konkludent Stellung genommen haben. Nun sind aber durchaus Fälle denkbar, bei denen die Erben beschlossen haben, in der Geschäftsfortführung dürfe ein Umwandlungsakt nicht gesehen werden, oder sie diese Erklärung konkludent dadurch zum Ausdruck gebracht haben, daß sie der alten oder neuen Firma den Zusatz "in Erbengemeinschaft" hinzugefügt haben. Hier stellt sich das Problem, ob die Beschlußfassung

50) Hiervon gehen gleichfalls aus: Dür.-Hachenburg-Flechtheim, Anm. 18 zu § 105 HGB; Schlegelberger-Geßler, Anm. 57 zu § 105 HGB; Kipp-Coing, a. a. O., S. 480. Zu der Einschränkung "regelmäßig" vgl. FN 30

selbst dann noch als Umwandlungsakt angesehen werden kann, wenn die Beschließenden zu erkennen geben, daß ihr eine solche Rechtswirkung nicht zukommen soll. Das gilt es zu prüfen.

1. Die sogenannte "Auffangwirkung" [51] der Rechtsform der OHG

Unter der "Auffangwirkung" ist der Rechtsgrundsatz zu verstehen, daß eine Personalgesellschaft offene Handelsgesellschaft ist, sofern in ihr die durch § 105 HGB festgelegten gesetzlichen Strukturelemente enthalten sind. Ist dies der Fall, kommt es nicht darauf an, ob die Beteiligten die Rechtsform der OHG gewollt haben oder nicht. Dieser Grundsatz folgt aus dem bestehenden "Typenzwang" im Gesellschaftsrecht; darnach kann eine Personenvereinigung, die ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betreibt, sich nur der durch das Gesetz aufgestellten Gesellschaftsformen bedienen. Schließen sich also mehrere Personen zum gemeinschaftlichen Betrieb eines vollkaufmännischen Gewerbes zusammen und begründen sie nicht eine Vereinigung mit Rechtsfähigkeit, indem sie die hierfür aufgestellten besonderen Voraussetzungen erfüllen, und ist bei keinem der Beteiligten die Haftung beschränkt, steht ihnen für diesen Zweck nur die Form der OHG zur Verfügung. Die Entstehung der OHG wird damit in bestimmter Hinsicht unabhängig von dem Willen der Gesellschafter. Sind nämlich die objektiven Voraussetzungen einer OHG gegeben, ist es ohne Bedeutung, ob die Beteiligten für den Zusammenschluß die Rechtsform der OHG gewollt haben oder nicht. Die Rechtsform der OHG fängt all jene Rechtsgemeinschaften auf, die keine andere handelsrechtlich anerkannte Form gewählt haben. Dieser Grundsatz besteht seit langem in Rechtsprechung und Literatur. So hat das Kammergericht schon im Jahre 1911 [52] ausgesprochen, daß ein nichtrechtsfähiger Verein in Wirklichkeit eine OHG ist, wenn er ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betreibt. Anerkannt [53] ist auch,

---

51) Dieser Ausdruck findet sich in der Literatur nicht, dort wird von der sog. "subsidiären Natur der OHG" (so Hochgräbe, S. 14) oder dem "Sammelbecken aller Rechtsgemeinschaften" (so Paulick, ZGesGenW 4, 155 u. Schultze v. Lasaulx, ... nicht rechtsfähiger Verein, S. 30) gesprochen. Eine einheitliche Terminologie hat sich nicht herausgebildet, der Sache nach ist überall von dem gleichen Phänomen die Rede.

52) KG in Recht 1912, Nr. 1668 = KGJ 41, 117; ebenso Weipert in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 15 zu § 105; Dür.-Hachenburg-Flechtheim, Anm. 3 zu § 105 HGB; Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, § 29, II. 6a. Damit ist das Zurückgreifen auf § 139 BGB ausgeschlossen, protestatio facto contraria nicht gegeben. Vgl. dazu Dernburg, System des Römischen Rechts, I. Teil, 8. Aufl., Berlin 1911, § 86

53) BGHZ 32, 310; 22, 244; Weipert in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 15 zu § 105; Hueck, OHG S. 11

daß eine Personalgesellschaft, die über den Umfang des Kleingewerbes hinaus Handelsgeschäfte betreibt, offene Handelsgesellschaft und eintragungspflichtig ist. Weiter hat der BGH [54] mehrfach entschieden, daß beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen eine OHG unabhängig vom Willen der Beteiligten entsteht. Diese Beispiele mögen genügen. Sie machen deutlich, daß die Beteiligten das Entstehen einer OHG nicht dadurch hindern können, daß sie erklären, eine derartige Rechtsform nicht gewollt zu haben, sofern nur deren Strukturelemente gegeben sind [55].

2. Der Umwandlungsakt setzt damit einen gerade auf die Gründung einer OHG gerichteten Vertrag nicht voraus. Die sogenannte "Auffangwirkung" der OHG läßt es genügen, daß die Beteiligten bewußt und gewollt den Geschäftsbetrieb unter gemeinsamer Firma führen. Daß der Fortführungsbeschluß dieses Moment enthält, ist aufgezeigt worden. Auf den Willen der Beteiligten, eine OHG gründen zu wollen oder nicht gründen zu wollen, kommt es nicht an.

IV. Einzelprobleme

Aus der bisherigen Untersuchung ist eine Reihe von Problemen ausgeschieden geblieben, die die Überführung einer Erbengemeinschaft in eine OHG weiterhin noch in sich birgt. Die Schwierigkeiten können sich einmal ergeben aus allgemeinen Form-, Genehmigungs- und Vertretungsvorschriften, zum anderen aus etwa vorhandenen letztwilligen Anordnungen hinsichtlich des Handelsgeschäfts.

1. Die Zugehörigkeit eines Grundstücks zu dem Handelsgeschäft

Geht man mit einer Mindermeinung [56] von der Möglichkeit einer "identitätswahrenden Umwandlung" der Erbengemeinschaft in eine Personalgesellschaft aus, ent-

54) BGHZ 10, 97; 22, 224 und 32, 310; ebenso für unechte "Vor-GmbH" OLG Frankfurt, NJW 48, 429; OLG Hamburg, JZ 52, 436; OLG Köln, NJW 49, 382

55) Hochgrabe, S. 14; Paulick, ZGesGenW 4, 155; Schultze v. Lasaulx, a. a. O., S. 30; Fischer, LM § 105 HGB Nr. 12. Ein der "Auffangwirkung" ähnlicher Grundsatz gilt übrigens auch im Strafrecht. Dort ist seit BGHSt 8, 393 ff anerkannt, daß ein Täter, der alle objektiven Tatbestandsmerkmale eines Tatbestands erfüllt, auch dann als Täter und nicht mehr als Teilnehmer strafbar ist, wenn er den Täterwillen nicht hat; abweichend allerdings wieder BGHSt in NJW 1963, 147 (Fall Staschynsky).

56) Ganßmüller, DNotZ 1955, 172 ff; Würdinger, GesR I, S. 65; Ganßmüller beschränkt jedoch seine Ansicht auf die Fälle, in denen das Nachlaßvermögen voll in der OHG aufgeht, eine Erbengemeinschaft also nach der Umwandlung nicht mehr besteht. - Ablehnend, aber im Ergebnis offen gelassen RGZ 11[illegible]

stehen besondere Schwierigkeiten aus der Zugehörigkeit eines Grundstücks zum ererbten Handelsgeschäft nicht. Der den Gründungsvertrag ersetzende Umwandlungsakt bedarf dann der Form des § 313 BGB nicht, eine Auflassung des Grundstücks (§ 925 BGB) ist überflüssig und nur die Grundbuchberichtigung notwendig; denn bei der "identitätswahrenden Umwandlung" bleibt das Grundstück bei demselben Sondervermögen, nur dessen Rechtsform ändert sich [57].

Die Rechtsprechung und die überwiegende Literatur [58] lehnen jedoch die "identitätswahrende Umwandlung" der Erbengemeinschaft in eine Personalgesellschaft ab. Dies wird damit begründet, daß die Erbengemeinschaft sich in der OHG nicht fortsetze, sondern letztere eine neue Gesellschaft darstelle.

Die Zugehörigkeit eines Grundstücks zum ererbten Handelsgeschäft könnte also die Form des § 313 BGB für den Umwandlungsakt bedingen und eine Auflassung erforderlich machen. Der Umwandlungsakt bedarf aber einer besonderen Form nur, wenn er ein Leistungsversprechen enthält, das seinerseits formbedürftig ist. Ein solches ausdrückliches Leistungsversprechen enthält der Fortsetzungsbeschluß selbst dann nicht, wenn ein Grundstück zu dem Handelsgeschäft gehört. Die Erben befassen sich mit dieser Frage überhaupt nicht, wenn sie nicht ausdrücklich die Erbengemeinschaft in eine OHG überführen wollen. Die mangelnde Form berührt damit, wie es das OLG München ausdrückt [59], "nur die Frage, ob die Grundstücke auf die OHG übergegangen oder der Erbengemeinschaft verblieben sind". Ist dagegen der Umwandlungsakt so auszulegen, daß OHG mit Grundstück gemeint ist, folgt aus § 139 BGB, daß wegen der mangelnden Form des Leistungsversprechens auch eine OHG nicht entstanden ist [60].

2. Die Beteiligung Minderjähriger an der Erbengemeinschaft

Besondere Schwierigkeiten werden allgemein [61] in der Beteiligung Minderjähriger an der Erbengemeinschaft gesehen. Es wird betont, die Beteiligung Minderjähriger verbiete es, in der Geschäftsfortführung über die Frist des § 27, Abs. 2 HGB

57) KG in JW 35, 1792 und OLG Rspr. 35, 324; RGZ 155, 75; Weipert in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 42 zu § 105; Schlegelberger-Geßler, Anm. 39 zu § 105 HGB

58) KG in DR 1940, 977; Hueck, OHG § 6, V. 5; Weipert in RGR-Komm. z. HGB, Anm. 42 zu § 105; Fischer, DNotZ 1955, 182 ff; Schlegelberger-Geßler, Anm. 39 zu § 105 HGB

59) OLG München, HRR 1937, 1593; ebenso Lohauß, S. 36

60) Es entsteht eine sog. faktische Gesellschaft, die nach den dazu entwickelten Grundsätzen abzuwickeln ist.

61) Vgl. statt aller RG in LZ 1922, 686 u. Frohwein, DFG 40, 105

hinaus eine OHG zu sehen. Diese Auffassung wird damit begründet, daß der den Gründungsvertrag ersetzende Umwandlungsakt nur zustandekommen könne, wenn für die einzelnen Minderjährigen gemäß §§ 1909, Abs. 1, S. 1 i. V. m. 181 BGB ein Pfleger bestellt werde und die nach den §§ 1915, Abs. 1 i. V. m. 1822 Nr. 3 notwendige vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gegeben sei.

Diese Ansicht vermag nicht zu überzeugen. Es ist nicht einzusehen, daß die Beteiligung Minderjähriger an einem Umwandlungsakt anders zu beurteilen ist, als deren Beteiligung an einem OHG-Gründungsvertrag [62]. Darnach bedarf der Umwandlungsakt allerdings der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, gleichgültig, ob der Minderjährige durch seine gesetzlichen Vertreter, einen Vormund oder Pfleger vertreten wird. Das ergibt sich für die gesetzlichen Vertreter aus §§ 1643 i. V. m. 1822, Nr. 3 BGB, für den Vormund aus § 1822, Nr. 3 BGB und für den Pfleger aus §§ 1915, Abs. 1 i. V. m. 1822, Nr. 3 BGB. Ebenso ist richtig, daß - sofern an der Erbengemeinschaft der oder die gesetzlichen Vertreter neben den Kindern beteiligt sind - für jeden einzelnen Minderjährigen die Bestellung eines Pflegers notwendig wird. Dies folgt aus §§ 1909, Abs. 1, S. 1 i. V. m. 181 BGB denn sowohl bei der Teilauseinandersetzung hinsichtlich des Handelsgeschäfts [63] wie beim Umwandlungsakt [64] würde sonst ein verbotenes "Insich-Geschäft" vorliegen.

Ein Verstoß gegen diese Vorschriften macht den Umwandlungsakt aber nicht nichtig, sondern nur schwebend unwirksam [65]. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Handlungen der Minderjährigen und die des Pflegers können nachgeholt werden oder durch die des volljährig gewordenen Minderjährigen ersetzt werden. Es ist also nicht von vorneherein rechtlich unmöglich, mit der Fortführung des Geschäfts über die Frist des § 27, Abs. 2 HGB hinaus auch bei Beteiligung Minderjähriger zu einer Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine OHG zu kommen. Werden allerdings die angezogenen Bestimmungen nicht beachtet und findet eine nachträgliche Genehmigung nicht statt, entsteht nicht einmal eine sogenannte faktische Gesellschaft im Sinne der von der Rechtsprechung ausgebildeten Grundsätze [66]. Der notwendige Schutz der Minderjährigen darf durch die Anerkennung einer faktischen Gesellschaft eine Einbuße nicht erleiden [67].

---

62) Lohauß, S. 36; Dür.-Hachenburg-Flechtheim, Anm. 18 zu § 105 HGB

63) RGZ 99, 334; Erman-Bartholomeyczik, 3. Aufl., Anm. 3 zu § 2042 BGB

64) Schlegelberger-Geßler, Anm. 54 zu § 105 HGB. Das Vormundschaftsgericht kann einen Sammelpfleger nicht vom Verbot des § 181 BGB befreien, Boehmer, Grundlagen II/2, S. 62 mit weiteren Literaturangaben.

65) Wie FN 64

66) BGHZ 17, 167

67) Boesebeck, DR 1943, 1224; Hueck, OHG, S. 55 ff

Diese Erscheinung ist jedoch nicht auf den Umwandlungsakt beschränkt, sondern betrifft gegebenenfalls genauso jede originäre Gesellschaftsgründung. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich aus der Beteiligung Minderjähriger an der Geschäftsfortführung nicht.

3. Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung

Hat der Erblasser durch Testament einen Testamentsvollstrecker mit dem Recht zur Nachlaßverwaltung eingesetzt (§§ 2197, Abs. 1 und 2209 BGB), geht auf ihn das Verwaltungs- und Verfügungsrecht hinsichtlich des Nachlasses über (§§ 2205 ff BGB). Das Recht der Erben, den ererbten Handelsgewerbebetrieb fortzuführen, wird dadurch eingeschränkt. Andererseits kann der Testamentsvollstrecker das Geschäft kraft seines Amtes ebensowenig weiterbetreiben. Er ist nicht in der Lage, die handelsrechtlich notwendige unbeschränkte Haftung herbeizuführen. Wie gezeigt wurde [68], wird es als Ausweg aus diesem Dilemma für zulässig erachtet, daß der Testamentsvollstrecker das Unternehmen als Treuhänder für Rechnung der Erben führt. Wird in der Art verfahren, tauchen Schwierigkeiten nicht auf. Der Testamentsvollstrecker ist wie der verstorbene Erblasser Einzelkaufmann.

Hat hingegen der Erblasser neben der Anordnung der Testamentsvollstreckung die Erben durch Auflage oder Bedingung verpflichtet, den Testamentsvollstrecker zu bevollmächtigen, ihre persönliche Haftung herbeizuführen [69] und sind die Erben dieser Verpflichtung nachgekommen, kann der Testamentsvollstrecker nach herrschender Lehre das Geschäft während der Frist des § 27, Abs. 2 HGB wie jeder andere Generalbevollmächtigte für die Erbengemeinschaft führen; die Vollmacht kann jedoch nicht ins Handelsregister eingetragen werden [70]. Mit Ablauf der Frist des § 27, Abs. 2 HGB kann die Erbengemeinschaft nicht mehr Inhaberin des Geschäfts sein. Damit wird es auch für den Testamentsvollstrecker rechtlich unmöglich, das Geschäft als Bevollmächtigter der Erbengemeinschaft zu betreiben. Er muß dieses deshalb den Erben zur freien Verfügung überlassen (§ 2217, Abs. 1 BGB), da zu den Nachlaßgegenständen, deren der Testamentsvollstrecker zur Erfüllung seiner Obliegenheiten nicht mehr bedarf, auch solche zu rechnen sind, die er aus Rechtsgründen nicht verwalten kann [71]. Die Erben können dann das Geschäft fortführen und dadurch eine OHG gründen. Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung steht damit der Annahme, daß mit der Geschäftsfortführung durch die Erben über die Frist des § 27, Abs. 2 HGB hinaus eine OHG entstanden ist, nicht entgegen.

---

68) Vgl. FN 63 (§ 3)
69) Wie FN 65
70) Vgl. § 7, III. 2b
71) BGHZ 12, 102

4. Die Anordnung des Ausschlusses der Auseinandersetzung

Der Erblasser hat nach § 2044, Abs. 1 BGB die Möglichkeit, die Auseinandersetzung der Erben für gewisse Zeit [72] auszuschließen. Macht der Erblasser von diesem Recht Gebrauch, scheint dies der Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine OHG grundsätzlich entgegenzustehen. Mit diesem Argument geht denn die herrschende Lehre [73] auch gegen die Auffassung an, der Umwandlungsakt könne in der Geschäftsfortführung über die Frist des § 27, Abs. 2 HGB hinaus gefunden werden. Wie gezeigt wurde [74], überzeugt dieser Einwand keineswegs, bleibt es den Erben doch unbenommen, durch einstimmigen Beschluß (Vertrag) das Auseinandersetzungsverbot auszuschalten [75]. Dieser Beschluß (Vertrag) kann unschwer in der endgültigen Fortführung des Unternehmens gesehen werden, bei dem gleichfalls sämtliche Erben mitzuwirken haben. Aus einem Auseinandersetzungsverbot entstehen somit Schwierigkeiten für die Überführung der Erbengemeinschaft in eine OHG nicht.

5. Die besondere Teilungsanordnung

Weiter kann der Erblasser durch letztwillige Verfügung besondere Anordnungen über die Auseinandersetzung des Nachlasses unter den Miterben treffen (§ 2048, S. 1 BGB). Es ist nun denkbar, daß der Erblasser anordnet, das Handelsgeschäft solle nur von einem einzelnen oder einem Teil der Miterben übernommen werden. Setzen sich die Erben vor Ablauf der Frist des § 27, Abs. 2 HGB auseinander, entstehen keine weiteren Probleme. Der Einzelerbe führt das Geschäft als Einzelkaufmann fort, übernehmen es mehrere Erben, so haben sie eine OHG zu gründen; dies auch nach der herrschenden Lehre, da für die Geschäftsfortführung nach einer Auseinandersetzung die Rechtsform der Erbengemeinschaft nicht mehr offensteht. Schwierigkeiten könnten nur dann entstehen, wenn das Unternehmen über die Frist des § 27, Abs. 2 HGB hinaus fortgeführt wird. Der hierin grundsätzlich liegenden Überführung der Erbengemeinschaft in eine OHG könnte die Teilungsanordnung entgegenstehen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Teilungsanordnung kann wie das Auseinandersetzungsverbot durch einstimmigen Beschluß beseitigt werden [76], der hier ebenfalls in der Fortführung selbst liegt.

---

72) Grundsätzlich für 30 Jahre, § 2044, Abs. 2, S. 1 BGB; vgl. aber auch noch Abs. 2, S. 2

73) Vgl. § 3, IV

74) Wie FN 73

75) Wie FN 131 (§ 3) und BGHZ 40, 115

76) Erman-Bartholomeyczik, 3. Aufl., Anm. 3 zu § 2048 BGB. Ist das Geschäft einem oder mehreren Erben durch Auflage oder Vermächtnis zugewiesen, entstehen besondere Schwierigkeiten nicht, da hier die Miterbengemeinschaft das Unternehmen überhaupt nicht fortführen wird.

V. Zusammenfassung

Als Ergebnis läßt sich festhalten:

1) Die ausdrückliche oder stillschweigende Beschlußfassung durch sämtliche Miterben über den Weiterbetrieb des ererbten Handelsgewerbes über die Frist des § 27, Abs. 2 HGB hinaus führt die Erbengemeinschaft hinsichtlich des Geschäfts in eine OHG über.

Dies liegt darin begründet, daß die Gemeinschaft, die das Unternehmen fortführt, sämtliche gesetzlichen Strukturelemente der OHG beinhaltet und damit durch den in dem Beschluß liegenden Umwandlungsakt, ohne Rücksicht auf einen etwa entgegenstehenden Willen der Beteiligten, zur OHG geworden ist.

2) Die Umwandlung der Erbengemeinschaft in die OHG wird durch die Zugehörigkeit eines Grundstücks zum Handelsgeschäft in der Regel durch die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers und durch ein Auseinandersetzungsverbot oder eine Teilungsanordnung nicht gehindert.

3) Sind an der Erbengemeinschaft Minderjährige und deren gesetzliche Vertreter nebeneinander beteiligt, bedarf der Umwandlungsakt der Billigung durch das Vormundschaftsgericht und der Genehmigung der für jeden einzelnen minderjährigen Miterben bestellten Pfleger. Besteht die Erbengemeinschaft nur aus den Minderjährigen, treten an die Stelle eines Pflegers die gesetzlichen Vertreter. Wird dies nicht beachtet, ist der Vertrag schwebend unwirksam, die Genehmigungen können nachgeholt werden. Unterbleiben sie endgültig, entsteht auch eine sogenannte faktische Gesellschaft nicht. Das Geschäft ist nach allgemeinen Grundsätzen abzuwickeln.

§ 10

ZUSAMMENFASSUNG

Als Aufgabe dieser Arbeit wurde in der Einleitung bezeichnet, die Rechtsprechung zur Frage der Nachfolge einer Mehrheit von Erben in ein vollkaufmännisches Unternehmen eines Einzelkaufmanns kritisch zu überprüfen und, soweit sich Fehler zeigen, zu versuchen, die Probleme neu zu durchdenken und zu lösen.

Es haben sich Fehler gezeigt: Die Erbengemeinschaft als Inhaberin eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts kann weder unmittelbar noch mittelbar mit Hilfe der Interpretationsmittel auf das Gesetz selbst gestützt werden.

Die weitere Untersuchung ergab jedoch, daß ein unabweisbares Verkehrsbedürfnis für eine mindestens zeitlich begrenzte Zulassung der Erbengemeinschaft als Rechtsform zum Betriebe eines ererbten Handelsgeschäfts streitet. Die Lösung des Widerstreits von Gesetz und praktischem Bedürfnis wurde in der Zulassung der Erbengemeinschaft als zeitlich begrenzte Inhaberin eines vollkaufmännischen Handelsgeschäfts kraft Richterrechts gefunden. Diese richterliche Rechtsfortbildung ist abzuleiten aus der Reihe der höchstrichterlichen Entscheidungen, welche die Geschäftsfortführung durch die Erbengemeinschaft als solche während deren gesamter Dauer zulassen. Ihre Rechtfertigung folgt aus den Maßstäben richterlicher Rechtsschöpfung, wie der "Natur der Sache", einem "unabweisbaren Verkehrsbedürfnis" und dem "Prinzip des Bestandschutzes wirtschaftlicher Werte". Die gesetzliche Anknüpfungsnorm für das Rechtsinstitut bildet § 27, Abs. 2 HGB.

Der letzte Teil der Arbeit befaßte sich sodann mit der Frage, was aus dem Handelsgeschäft wird, wenn es die Erbengemeinschaft als solche aus Rechtsgründen nicht mehr fortführen kann. Die Lösung dieses Problems ergab sich aus einer Analyse der Fortführung des Unternehmens über die Frist des § 27, Abs. 2 HGB hinaus. Es hat sich gezeigt, daß in dem Fortführungsbeschluß der Umwandlungsakt zu sehen ist, der die Erbengemeinschaft in eine OHG überführt. Dies, weil die Gemeinschaft sodann sämtliche gesetzlichen Strukturelemente einer OHG enthält und die sogenannte "Auffangwirkung" dieser Rechtsform die Umwandlung bewirkt.

Im einzelnen ist die Arbeit zu folgenden Ergebnissen gekommen:

I. Die Erbengemeinschaft ist als Rechtsform zum Betriebe eines von einem Einzelkaufmann ererbten Handelsgeschäfts bis zum Ablauf der Frist des § 27, Abs. 2 HGB kraft Richterrechts zugelassen. Sie kann während dieser Zeit die Firma des Erblassers weiterführen, jedoch den Inhaberwechsel nicht ins Handelsregister eintragen lassen.

II. Durch die Fortführung des ererbten Geschäfts durch sämtliche Miterben über die Frist des § 27, Abs. 2 HGB hinaus wird die Erbengemeinschaft in Ansehung des Handelsgeschäfts in eine OHG überführt, ohne daß es auf einen etwa entgegenstehenden Willen der Miterben ankommen kann. Sind Minderjährige an der Erbengemeinschaft beteiligt, hängt die Umwandlung vom Vorliegen der gesetzlich vorgeschriebenen Genehmigungen und einer rechtsgültigen Vertretung ab.

L E B E N S L A U F

Ich bin am 17.2.1936 in Tübingen als Sohn des Pfarrers Heinrich Armbruster und seiner Ehefrau Hildegard, geborene Grau, geboren.

Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach dem Besuch der Volksschule in Mundingen, Kreis Ehingen/Donau, sowie der Internatsschule in Urspring bei Schelklingen trat ich in die zweite Klasse des Albert-Schweitzer-Gymnasiums in Crailsheim ein. Dort legte ich am 21.2.1956 die Reifeprüfung ab.

Rechtswissenschaft studierte ich vom SS 1956 bis zum WS 1957/58 in Tübingen, im SS 1958 in Berlin und ab WS 1958/59 wieder in Tübingen.

In Tübingen legte ich am 29. Juni 1960 vor der Prüfungskommission des Landesjustizprüfungsamtes Baden-Württemberg die Erste Juristische Staatsprüfung ab.